

# REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

---

Volume 12 - nº 1 - Tomo II (J/Y) - Jan./Jun. 2020

---



**Elaborado no 1º Semestre 2020**



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

---

Volume 12 - nº1 - Tomo II (J/Y) - 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](http://www.emerj.tjrj.jus.br)

**EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**

**➔ Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ**

**1º Semestre de 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





**JESSICA CAVALCANTE DA SILVA**

O DEVER FUNDAMENTAL DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE E O CONTROLE JURIS-  
DICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS ..... 776

**JOÃO GABRIEL KASAKEWITCH DE SOUZA MATHIESEN**

SOBERANIA DOS VEREDICTOS E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: PRINCÍPIOS EM  
CONFLITO? ..... 791

**JOÃO VICTOR RIBEIRO BARROS**

A NECESSIDADE DA CORROBORAÇÃO DA PROVA NA COLABORAÇÃO PREMIADA  
PARA O RECEBIMENTO DA AÇÃO ..... 806

**JOÃO ZACHARIAS DE SÁ**

TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FI-  
DUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDOS PELO DECRETO-LEI Nº 911/69..... 820

**JONAS THIAGO DUTRA MOREIRA**

APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓ-  
VEL URBANO EM TEMPOS DE PANDEMIA..... 837

**JÚLIA LINHARES COSTA**

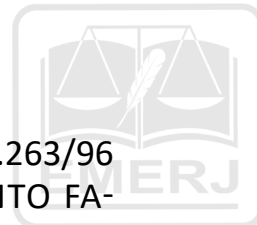
LIMITES INTERPRETATIVOS DA LEI PENAL E POLÍTICA CRIMINAL CONSTITUCIO-  
NAL: O LUGAR DOS FILHOS ADOTIVOS NO HOMICÍDIO FUNCIONAL INCLUÍDO  
PELA LEI Nº 13.142/15 ..... 851

**JÚLIA MAGALHÃES DE AZEREDO SANTOS**

LITÍGIO COLETIVO POSSESSÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: AÇÃO COLETI-  
VA PASSIVA OU LITISCONSÓRCIO PASSIVO MULTITUDINÁRIO? ..... 866

**JULIA VIEIRA ROSA**

AS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA E A ATRIBUIÇÃO/COMPETÊN-  
CIA PARA PROMOVÊ-LAS ..... 883



**JÚLIA WERNECK DE SANT'ANNA**

AS LIMITAÇÕES À ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA TRAZIDAS PELA LEI Nº 9.263/96  
ANALISADAS À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE PLANEJAMENTO FA-  
MILIAR ..... 899

**JULIANA MARIA GALVÃO SZYMANSKI**

DOS PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP) NA  
GESTÃO DAS UNIDADES PRISIONAIS DO BRASIL ..... 916

**KARINE ALVIM DA SILVA PEREIRA**

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: UMA RELEITURA DO CÓDIGO PENAL À  
LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL DA MULHER ..... 932

**LEONARDO CERQUEIRA LOPES**

A INCONSTITUCIONALIDADE DO DEFERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE  
URGÊNCIA POR DELEGADOS DE POLÍCIA ..... 947

**LUCAS MACHADO DE BARCELOS**

A ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL ATRAVÉS DE  
NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO: ANÁLISE DO ENQUADRAMENTO DO  
ART. 190 DO CPC AO ART. 784, XII, DO CPC ..... 963

**LUCIANA DE ARAUJO PUERTA**

O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS JURÍDICOS.....978

**LUCIANA JANAINA FAGUNDES**

O EFEITO CONFISCATÓRIO DA TRIBUTAÇÃO SOBRE O “SALÁRIO” DO TRABALHADOR  
BRASILEIRO ..... 992

**LUIS PHELIPPE MARTINS**

CRIPTOATIVOS – DESAFIOS PARA A SUA REGULAMENTAÇÃO ..... 1009

**LUIZA MARTINS COUTO PINTO**

ASSÉDIO SEXUAL: A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO TIPO LEGAL PARA A INCLUSÃO  
DE CONDUTAS PRATICADAS ALÉM DO AMBIENTE DE TRABALHO ..... 1023

**LUIZA SZCZERBACKI CASTELLO BRANCO**

A NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO  
BRASILEIRO ..... 1039

**MARCELLA WANG DOURADO**

A POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DOS MECANISMOS DE EXECUÇÃO ATÍPICOS NO  
DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA PATRIMO-  
NIALIDADE DA EXECUÇÃO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ..... 1055

**MARCIO HENRIQUE DOMINGOS FORTESO** USO MODERADO DOS MEIOS NECESSÁ-  
RIOS EM AÇÕES QUE ENVOLVAM ARMAS DE FOGO E INSTRUMENTOS PERFUROCOR-  
TANTES ..... 1070





**MARIA DE SOUZA**

A ENTREGA LEGAL À ADOÇÃO PREVISTA NA LEI Nº 13.509/2017 QUE INCLUIU O ART. 19A NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SUA EFICÁCIA PRÁTICA ..... 1084

**MARIA VICTORIA PONTES DE ARAUJO E RODRIGUES DOS SANTOS**

OS CRIMES DE OMISSÃO IMPRÓPRIA E A RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER ..... 1100

**MARIANA DE ATHAYDE FERREIRA**

ESTUPRO: VIOLÊNCIA FÍSICA E GRAVE AMEAÇA COMO CONDIÇÕES NÃO ESSENCIAIS PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO ..... 1116

**MARIANA HOFF AMARO DOS SANTOS**

AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO CÚMULO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E PENAS ..... 1133

**MARIANA LETÍCIA CARDOSO COLBERT MIRANDA**

A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PELA REMIÇÃO POR TRABALHO, ESTUDO E LEITURA ..... 1147

**MARIANA RODRIGUES VIEIRA**

OS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO EM RELAÇÃO AO PATRIMÔNIO DOS CÔNJUGES APÓS A DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL ..... 1161

**MATEUS NASCIMENTO ZGUR**

O PROTAGONISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA: UMA ANÁLISE DA ADO Nº 26 E DO MI Nº 4733 ..... 1176

**MATHEUS BARBOSA ROTONDARO**

DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES DE DIFAMAÇÃO E INJÚRIA ..... 1193

**MAYARA KETLEY DE JESUS SOUZA**

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS ..... 1207

**NATÁLIA FERNÁNDEZ PEREIRA**

UMA ANÁLISE DA LEI Nº 13.663/18 E A RESPONSABILIDADE JURÍDICA DAS ESCOLAS ..... 1223

**NATÁLIA MAFFEI TOMÉ ECKSTEIN**

A (I) LEGALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA REPRESSÃO E PUNIÇÃO DOS CRIMES NA OPERAÇÃO LAVA JATO ..... 1239



**NATHÁLIA CAROLINE LISBOA DA SILVA**

COMBATE À VIOLÊNCIA NO CONTEXTO ATUAL DO RIO DE JANEIRO: NECESSIDADE DE MITIGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONAIS EM PROL DA COLETIVIDADE..... 1256

**PATRICIA ALCANTARA DA FONSECA**

O FENÔMENO “BALA PERDIDA” ..... 1273

**PAULA GERK GOMES ROSA**

PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO PATRIMONIAL: OBJETIVOS, LIMITES E PRINCIPAIS INSTRUMENTOS..... 1287

**PAULA MARA FERREIRA DOS SANTOS**

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELO ABANDONO DO IDOSO E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS ..... 1302

**PEDRO ANTONIO SILVA DE MIRANDA**

LOOT BOXES COMO JOGOS DE AZAR: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA (DES)CONFORMIDADE DA EXPLORAÇÃO DAS CAIXAS DE PILHAGEM NOS JOGOS ELETRÔNICOS COM O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO ..... 1316

**PEDRO FILIPE RUFINO DUTRA DE FIGUEIREDO**

O PLEA BARGAINING: A EFICÁCIA NO COMBATE AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O RISCO DE ENCARCERAMENTO EM MASSA ..... 1332

**PEDRO FRANCISCO DE MELLO AMARANTE**

A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL DIANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO AO SANEAMENTO BÁSICO (MÍNIMO EXISTENCIAL) À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE ..... 1347

**PHILIPPE NASCIMENTO ROSA**

VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COM O EXERCÍCIO EXAGERADO DO PROSELITISMO RELIGIOSO ..... 1361

**PRÍSCIA SIQUEIRA SOARES**

O FENÔMENO DA CHAMADA REAÇÃO LEGISLATIVA: UMA ANÁLISE DO ATIVISMO CONGRESSUAL EM CONTRAPOSIÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL..... 1377

**RAFAEL RODRIGUES DA SILVA**

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA ABORDAGEM SOBRE A APLICAÇÃO DO INSTITUTO COMO INSTRUMENTO DE FACILITAÇÃO DA DEFESA EM JUÍZO DO CONSUMIDOR – EMPRESÁRIO ..... 1394

**RAFAELA HEIDENREICH BUCCI**

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE BENS DOS MAIORES DE 70 ANOS .. 1409



**RAFAELA HELENA PONCE DE LEÃO MANTEIGA**

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 75, §2º DO CÓDIGO PENAL: APLICAÇÃO  
INDIRETA DE PENAS EM CARÁTER PERPÉTUO ..... 1424

**RENATA LUSTOSA DA FONSECA VOGT**

CONDOMÍNIO DE FATO E O ATUAL CENÁRIO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.....1439

**RENATA RAMOS SANTOS**

A TEORIA DA TAXATIVIDADE APLICADA AO AGRAVO DE INSTRUMENTO À LUZ DA  
SEGURANÇA JURÍDICA ..... 1456

**RENATA SABBATINO FERNANDES SANTOS**

AS (IM)POSSÍVEIS LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁ-  
RIO: UMA NECESSÁRIA RELEITURA CONTEMPORÂNEA DE UM CONCEITO OITO-  
CENTISTA ..... 1470

**RENATO AUGUSTO DE FIGUEIREDO NUNES**

A UNIFICAÇÃO DOS EVENTOS OLÍMPICO E PARALÍMPICO SOB A ÓTICA DA  
CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA..... 1485

**RENILMA KUNSTMANN NUNES FILHA**

O DESAFIO DO JUDICIÁRIO NA INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA DO USUÁRIO OU DE-  
PENDENTE DE DROGA INTRODUZIDA NA LEI Nº 11.343/2006..... 1500

**RHAYZA VIEIRA DO NASCIMENTO**

RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS AMEAÇAS ESPIRITUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDI-  
CO BRASILEIRO ..... 1515

**RICARDO ZACHARSKI JÚNIOR**

A APLICAÇÃO DOS REGIMES DE PRECATÓRIOS E DE IMPENHORABILIDADE DE  
BENS NA EXECUÇÃO CONTRA EMPRESAS ESTATAIS..... 1530

**ROGER ANDRÉ DA SILVA MARQUES**

CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006 (LEI DE DROGAS),  
UMA ABORDAGEM QUANTO AO PORTE/USO DE ENTORPECENTES..... 1547

**RONIERIC MARTINS DE OLIVEIRA**

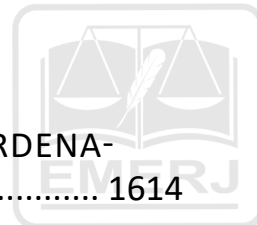
ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA LEI 13.641/18 ..... 1563

**ROSANE DE CÁSSIA DEMINICIS DE SENNA GONÇALVES**

O EXAME DE DNA COMO PROVA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: A CONDU-  
ÇÃO COERCITIVA DO SUPOSTO PAI..... 1580

**RUY ZAIDAN AZEVEDO**

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E OS DADOS OBTIDOS SEM AUTORIZAÇÃO JUDI-  
CIAL DE APARELHOS CELULARES APREENDIDOS, SOB A ÓTICA DO ABUSO DE  
AUTORIDADE..... 1698



**SABRINA SATURNINO BRAGA GARCIA**

IMPASSES DA RESPONSABILIDADE PENAL DOS PSICOPATAS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..... 1614

**STÉPHANIE COCA PEREIRA**

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA: UM MECANISMO DE CONTROLE DA SELETIVIDADE PENAL ..... 1628

**SUELEN DOS SANTOS SOARES VIEIRA**

RESPONSABILIDADE CIVIL EM RAZÃO DE ABANDONO AFETIVO ..... 1643

**THAÍS CAPECCHI VALADÃO**

SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES E A LIBERDADE DECISÓRIA: POSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..... 1657

**THAIS DA SILVA GAMA**

DOENÇA MENTAL E MEDIDA DE SEGURANÇA: IMPRECISÃO DO TEMPO DE DURAÇÃO, REINSERÇÃO E PERPETUIDADE ..... 1673

**THAYS DE SOUZA PACHECO**

DIREITO À ORIGEM BIOLÓGICA E O DIREITO AO SIGILO DO DOADOR NO CONTEXTO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA..... 1787

**THUANE ÂNGELA SENDRETI DE OLIVEIRA**

ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO POR ORDEM JUDICIAL E A POSITIVAÇÃO DA PROVA DIGITAL ..... 1702

**VANESSA DUARTE SANTANA**

DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E A APLICAÇÃO DO DANO MORAL COMO CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO ..... 1718

**VICTOR BAIMS MACHADO DA COSTA**

LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR AO APLICAR AS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS ..... 1732

**VÍCTOR RIBEIRO FRANCO FERREIRA**

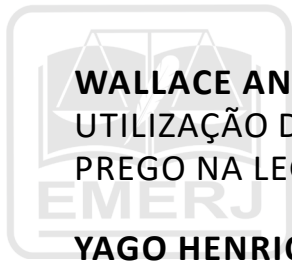
A NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS E A SUA PROTEÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO ..... 1746

**VITÓRIA CARON DA SILVA REIS**

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA: UMA ANÁLISE SOBRE O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO NA ADO Nº 26 E NO MI Nº 4733 ..... 1763

**VIVIANE BERNINI VILAR**

A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO FACE À ATIPICIDADE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ..... 1779



**WALLACE ANTHONY CAPDEVILLE BREYER**

UTILIZAÇÃO DE SNIPERS (ATIRADORES DE ELITE) COMO INSTRUMENTOS DE EMPREGO NA LEGÍTIMA DEFESA DO POLICIAL E DE TERCEIROS ..... 1793

**YAGO HENRIQUE DOS SANTOS GONÇALVES**

CLUBE-EMPRESA: O PROCESSO DE TRANSFORMAÇÃO DOS CLUBES DE FUTEBOL EM SOCIEDADES EMPRESÁRIAS ..... 1810

**YASMIN GONÇALVES PROENÇA DE MATTOS**

A TRAMITAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL SOB A ÓTICA DO SISTEMA ACUSATÓRIO ..... 1825

**YASMIN SILVA BITTENCOURT**

O DIREITO DE TRANSEXUAIS E TRAVESTIS E O INÍCIO DO DEBATE SOBRE O SEU ENCARCERAMENTO NA ADPF 527/DF ..... 1839





## O DEVER FUNDAMENTAL DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE E O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Jessica Cavalcante da Silva

Graduada pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogada.

**Resumo** – no Brasil, recentemente, nota-se um crescente dismantelamento das políticas públicas de proteção ambiental. Assim sendo, a presente pesquisa discute o dever estatal de tutelar o meio ambiente e a possibilidade de que o Judiciário seja conclamado como meio de realização desse dever. Entendendo que a tutela do meio ambiente requer, sobretudo, políticas públicas, analisam-se as discussões doutrinárias acerca do controle jurisdicional dos atos discricionários da Administração. Busca-se demonstrar a possibilidade da realização de uma tutela efetiva do Direito Ambiental pelo Judiciário sem sacrifício da separação de Poderes, bem como evidenciar a existência de um verdadeiro dever fundamental de proteção ao meio ambiente.

**Palavras-chave** – Direito Ambiental. Direito Administrativo. Direito Constitucional. Governança ambiental. Políticas Públicas. Controle judicial. Direitos e garantias fundamentais.

**Sumário** – Introdução. 1. O princípio do não retrocesso em matéria ambiental. 2. A celeuma doutrinária acerca da judicialização de políticas públicas. 3. A tutela do meio ambiente na jurisprudência das Cortes Regionais de Direitos Humanos. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é discutir o dever do Estado de tutelar o meio ambiente, haja vista seu *status* de direito fundamental e humano. Hodiernamente, debate-se a insuficiência da aplicação das políticas públicas vigentes, de modo a suscitar a tutela judicial para constrangimento da Administração Pública ao *facere*.

Nesse sentido, são apresentados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, de modo a questionar se há omissão específica no que toca ao dever de proteção ao meio ambiente dentro da tutela prevista pelo Ordenamento nacional.

A Constituição da República Federativa do Brasil trata do meio ambiente em seu art. 225 e concebe a proteção à natureza em seu valor intrínseco. O dispositivo constitucional é regulamentado pela Lei nº 6.938/81 que dispõe a Política Nacional de Meio Ambiente, pelo Código Florestal (Lei nº 12.651/12) e outros diplomas da legislação infraconstitucional.

Em se tratando de política pública, conceito vinculado primordialmente à atuação do Poder Executivo, há controvérsia quanto à possibilidade e os limites de atuação do Poder

Judiciário com base no princípio da separação de Poderes e no sistema de freios e contrapesos.

De modo a suscitar o debate sobre a análise jurisdicional das políticas ambientais, explora-se o conceito de *greening*, cunhado na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e correspondente a tutela reflexa do direito ambiental a partir de direitos civis, políticos, econômicos e culturais já existentes.

Assim, o primeiro capítulo do trabalho discorre sobre a proteção dada ao meio ambiente no Ordenamento jurídico brasileiro a partir da década de 1970, sobretudo, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. As tentativas de flexibilização da legislação ambiental e seus efeitos práticos são apontados, inclusive no que toca sua repercussão jurídica, tratando, especialmente, do princípio da vedação ao retrocesso.

Já no segundo capítulo, analisa-se a possibilidade de controle de políticas públicas pelo Judiciário e sua harmonização com o princípio da separação de poderes. Para tal, são apresentadas diversas compreensões doutrinárias acerca do mérito administrativo e sobre a amplitude do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Ademais, perquire-se sobre a efetividade da tutela jurisdicional nos casos em que foi desempenhada.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta o conceito de *greening* e infere em sua potencial aplicação pela jurisprudência interna. Busca-se demonstrar a compatibilidade e potencialidade da tutela reflexa do direito ambiental, de modo a não apenas compatibilizar a intervenção do Poder Judiciário aos demais princípios do Ordenamento jurídico, mas também tornar tal intervenção mais efetiva.

A presente pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que primeiro foram formuladas hipóteses acerca do objeto que serão comprovadas ou refutadas argumentativamente com base em revisão da literatura correlata.

A abordagem do objeto aplicada será qualitativa, utilizando-se dos procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental, notadamente, a análise da legislação, doutrina e dados governamentais para sustentar a tese.

## 1. O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO EM MATÉRIA AMBIENTAL

A partir da segunda metade do séc. XX, há uma modificação da postura humana acerca do meio ambiente. Com efeito, parte-se do modelo antropocentrismo utilitarista para uma crescente preocupação com o desenvolvimento sustentável, na medida em que o cenário





de crise ambiental vai se agravando. Nesse contexto, são elaboradas políticas internacionais e nacionais de tutela do meio ambiente<sup>1</sup>.

No Brasil, a evolução do Direito ambiental tem relevante impulso na década de 1980, sobretudo com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O Texto Constitucional passou a prever, em seu art. 170, IV<sup>2</sup>, a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica nacional, bem como instituiu, em seu art. 225<sup>3</sup>, o direito ao meio ambiente como direito fundamental, prevendo, inclusive, mecanismos para assegurar a sua efetividade.

Não obstante, dados recentes do Instituto Nacional de Pesquisa Espacial (INPE)<sup>4</sup> dão conta de uma variação de até 73% nas taxas de desmatamento entre os anos de 2017 e 2018, o que denota crescimento do desflorestamento após período de diminuição ou estabilização dos índices, sobretudo na Amazônia Legal. A notícia de tais dados é acompanhada de duras críticas à Administração Pública, por vezes apontada como condescendente à violação do Direito ambiental. A doutrina alerta quanto ao desmatamento na região amazônica, salientando que:

O cenário político brasileiro indica que esses índices tendem a aumentar. Desde 2012 têm sido aprovadas leis que fragilizam a gestão ambiental no Brasil, já houve a anistia do desmatamento e a criação de programas que facilitam a regularização fundiária de grandes áreas griladas e segue em tramitação projetos de lei que afrouxam as regras de licenciamento ambiental, regulamentam a mineração em terras indígenas e que inviabilizam na prática a demarcação de terras indígenas.<sup>5</sup>

Tal realidade evidencia a reação de grupos poluidores ao enrijecimento da proteção do meio ambiente. Há, em verdade, uma crescente luta pela flexibilização do microsistema jurídico-ambiental, encarando a natureza como verdadeiro entrave ao desenvolvimento econômico, sobretudo da indústria agropecuária.

No âmbito do desflorestamento em específico, Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello observam que as políticas de regularização de terras públicas no âmbito da Amazônia Legal fomentam a continuidade de sua invasão e exploração criminosa,

<sup>1</sup>Cf. PALAR, Juliana Vargas; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; DAVID, Thomaz Delgado de. A constitucionalização da proteção ambiental frente à exploração capitalista da natureza: um balanço nos 30 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 5, n. 12, p. 242-270, set-dez, 2018.

<sup>2</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 set. 2019.

<sup>3</sup>Ibid.

<sup>4</sup>INPE. *INPE consolida até 7.536 km<sup>2</sup> de desmatamento na Amazônia em 2018*. Disponível em: <[http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod\\_Noticia=5138](http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=5138)>. Acesso em 11 set 2019.

<sup>5</sup>NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente; OSOEGAWA, Diego Ken; ALMEIDA, Roger Luiz Paz de. Políticas desenvolvimentistas na Amazônia: Análise do desmatamento nos últimos dez anos (2009-2018). *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 6, n. 13, p. 145-169, jan-abr, 2019, p. 165.

posteriormente premiando a conduta com a titularidade das terras. Nessa seara, os autores resumem que:

Em relação a isso, há dois problemas nas políticas governamentais. O primeiro é que, por não fiscalizar adequadamente, o Estado permite que essas áreas sejam invadidas, dando início ao ciclo de derrubada da floresta: extração ilegal de madeira, queimada e ocupação do solo. O segundo problema: sob pressão de invasores politicamente respaldados, o Governo Federal, de tempos em tempos, concede anistia e permite a regularização dessa apropriação de terras públicas.<sup>6</sup>

Importante salientar que o desmatamento não significa apenas a exploração ilegal da floresta, tampouco mero descumprimento de norma administrativa. De outro modo, a conduta está ligada a uma série de crimes previstos pela Lei nº 9.605/98<sup>7</sup>.

Como consequência do desmantelamento da proteção ambiental e das anistias concedidas, a doutrina especializada passa a defender a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso em defesa do meio ambiente. Sobre tal princípio, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>8</sup> ensina que:

[...] o reconhecimento de uma proibição de retrocesso situa-se na esfera daquilo que se pode chamar (...) de uma eficácia negativa das normas constitucionais. Assim, independentemente da exigibilidade dos direitos sociais como direitos positivos, ou seja, direitos subjetivos a prestações sociais, no âmbito da assim designada eficácia negativa, se está em face de uma importante possibilidade de exigibilidade judicial dos direitos sociais como direitos subjetivos de defesa, em outros termos, como proibições de intervenção ou proibições de eliminação de determinadas posições jurídicas.

Portanto, a proteção do meio ambiente é encarada como conquista social que não pode ser relativizada, impondo ao Estado o dever de manter ou aprimorar as políticas públicas de modo a cumprir os fins do Direito ambiental, notadamente a preservação da diversidade biológica. Assim, além do caráter prestacional – próprio dos direitos fundamentais de segunda e terceira geração –, surge um dever de abstenção do Estado, qual seja, de não diminuir os padrões de proteção já existentes. Desse modo, qualquer modificação da política pública deve, no mínimo, apresentar resultados equivalentes àquela que a precedia.

<sup>6</sup>BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos de. Como salvar a Amazônia: Por que a floresta de pé vale mais do que derrubada. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, 2020, p. 346.

<sup>7</sup>BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)>. Acesso em: 11 set. 2019.

<sup>8</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas a respeito dos direitos fundamentais e sociais e a proibição do retrocesso: desafios e perspectivas. In: *XX Encontro Regional da AMATRA, 2009, Buenos Aires*. Disponível em: <<https://www.amatra4.org.br/artigos-2/cadernos/caderno-13/>>. Acesso em: 11 jan. 2020.



Michel Prieur<sup>9</sup> defende que a Constituição Federal de 1988 por si só já garante o princípio de vedação ao retrocesso quando elenca a proteção ambiental como direito fundamental e, portanto, cláusula pétrea. Ademais, o autor corrobora com o argumento de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>10</sup> de que a vedação ao retrocesso seria por si só um princípio constitucional implícito:

[...] que se impõe ao legislador em nome da garantia constitucional dos direitos adquiridos, do princípio constitucional de segurança jurídica, do princípio da dignidade da pessoa humana e, finalmente, em nome do princípio de efetividade máxima dos direitos fundamentais.

Como consequência de tal formulação, tem-se a intangibilidade do bem ambiental. Para Júlio César Garcia e Luís Fernando Lopes Pereira<sup>11</sup>, essa intangibilidade, além de impor a indisponibilidade e inalienabilidade do bem ambiental, importa:

[...] qualidade que impede que uma situação jurídica seja alterada a tal ponto que se comprometa a estrutura, organização ou conteúdo essencial que justifiquem ou caracterizem sua existência. Neste viés, o bem ambiental será intangível na medida em que seja imune a quaisquer tentativas de alteração, diminuição ou descaracterização de seu conteúdo. (...) a intangibilidade do bem ambiental representa, em última instância, o reconhecimento jurídico de que o caráter finalístico do Direito ambiental deve ser mantido, garantido e efetivado. E igualmente, todo e qualquer ato jurídico, produção legislativa, decisão judicial ou política executiva que tenha qualquer relação direta ou indireta com o meio ambiente devem respeitar a esta finalidade, reconhecida como objetivo fundamental da República. (...) O resultado prático principal é a interpretação de um dever fundamental de preservação do equilíbrio ecológico e todos os seus desdobramentos.

Apesar das formulações doutrinárias, há modificação perceptível do regramento ambiental e das próprias condições fáticas de proteção do meio ambiente. Em verdade, o agravamento da crise ambiental faz com que o Direito – e, por conseguinte, o Judiciário – seja conclamado como instrumento para prevenção e reparação da devastação ambiental. No âmbito da reparação, esta será aferida conforme a responsabilidade penal, civil e administrativa do agente poluidor. Em âmbito preventivo, de outro modo, fala-se precipuamente da aferição da efetividade da política pública implementada pelo Estado.

<sup>9</sup>PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: COLÓQUIO O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL, 2012, Brasília, *Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle*. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 31.

<sup>10</sup>SARLET apud Ibid, p. 32.

<sup>11</sup>GARCIA, Julio Cesar; PEREIRA, Luis Fernando Lopes. Aportes metodológicos da história do Direito para a análise crítica do retrocesso no Direito ambiental. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, v. 15, n. 84, p. 9-27, nov-dez, 2018, p. 21-22.

Assim, passa-se a analisar a possibilidade de controle judicial de políticas públicas ambientais.

## 2. A CELEUMA DOUTRINÁRIA ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Sabe-se que, na clássica distinção geracional dos direitos humanos, o direito ao meio ambiente enquadra-se como direito de terceira geração, ou seja, trata-se de direito transindividual. Nesse sentido, afirma Pedro Lenza<sup>12</sup> se tratar de “direito que, apesar de pertencer a cada indivíduo, é de todos ao mesmo tempo e, ainda, das futuras gerações”. Como traço distintivo da segunda e terceira gerações de direitos fundamentais, tem-se sua exigência por uma ação estatal que se dará, em regra, por meio de políticas públicas.

As políticas públicas, por sua vez, podem ser conceituadas como “espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade<sup>13</sup>”. Assim, trata-se de programa de ação concebido pelo Poder Legislativo e aplicado pelo Poder Executivo para a realização de um objetivo determinado. Dessa forma, sendo a implementação da política pública função precípua do Poder Executivo, surge a problemática acerca da possibilidade ou não de seu controle pelo Poder Judiciário.

Cumprido salientar o caráter discricionário das políticas públicas. Isso significa que, em sua implementação, permite-se que o agente público avalie a conveniência e oportunidade dos atos que virá a praticar, notadamente em relação aos elementos de motivo e de objeto do ato.

Não obstante, o caráter discricionário do ato por si só não é suficiente para afastar eventual tutela jurisdicional. Nesse sentido, afirma Hely Lopes Meirelles<sup>14</sup> que:

Nem mesmo os atos discricionários refogem ao controle judicial, porque, quanto à competência, constituem matéria de legalidade, tão sujeita ao confronto da Justiça como qualquer outro elemento do ato vinculado. (...) O que o Judiciário não pode é ir além do exame de legalidade para emitir um juízo de mérito sobre os atos da Administração. (...) A competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado. (...) não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito

<sup>12</sup>LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1328.

<sup>13</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, abr-jun, 1998, p. 44.

<sup>14</sup>MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 847.



administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração e não de jurisdição judicial.

Portanto, em se tratando de ato discricionário, a análise judicial restringir-se-ia aos aspectos legais do ato, sob pena de violação do princípio da separação de Poderes, previsto pela Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 2º. Em mesmo sentido, entende José dos Santos Carvalho Filho<sup>15</sup>.

Contudo, tal conclusão não é pacífica.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>16</sup>, é possível a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas desde que não seja regra, tampouco substitua a discricionariedade administrativa. Para tanto, a autora sugere a adoção dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade pelo magistrado e, em todo caso, a abstenção de determinar à Administração a adoção de medidas que dependam de legislação, sob pena de institucionalizar o ativismo judicial.

Para Daniel Mitidieri Fernandes de Oliveira<sup>17</sup>, por sua vez, a apreciação da execução de políticas públicas pelo Judiciário seria uma forma de controle do exercício do poder político. Contudo, tal classificação tem menor efeito, na medida em que, sendo ato político ou não, sua legalidade e legitimidade são sindicáveis pelo Judiciário.

Por outro lado, Fábio Konder Comparato<sup>18</sup> está diametralmente oposto ao posicionamento até então apresentado ao defender que:

Afastemos, antes de mais nada, a clássica objeção de que o Judiciário não tem competência, pelo princípio da divisão de Poderes, para julgar questões políticas. (...) o juízo de constitucionalidade, nessa matéria, tem por objeto não só as finalidades, expressas ou implícitas, de uma política pública, mas também os meios empregados para se atingirem esses fins.

Assim sendo, para o autor, com a ascensão do Estado Social, a legitimidade do Estado passa a ter como fundamento a realização de finalidades coletivas. Nesse contexto, os objetivos postos pela Constituição não se impõem apenas ao Executivo, mas a todo corpo político.

---

<sup>15</sup>Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1089-1090.

<sup>16</sup>PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1661-1669.

<sup>17</sup>OLIVEIRA, Daniel Mitidieri Fernandes de. Algumas reflexões sobre o controle judicial da Administração Pública contemporânea. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, jul. 2017, p. 210-241.

<sup>18</sup>COMPARATO, op. cit. p. 46.

Também com base nesse modelo de Estado social, defende-se a ampliação da margem do controle judicial da discricionariedade administrativa, tendo como argumento a manutenção do mínimo existencial da dignidade humana e defesa do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Ainda nesse contexto, argumenta-se a redefinição do sistema de freios e contrapesos, deixando-se de falar em separação de Poderes em favor da separação de funções. Já no exercício dessas funções, os poderes devem colaborar mutuamente para consecução dos fins do Estado. De modo que “os magistrados devem funcionar como agentes de mudanças sociais, sendo-lhes imposta a execução, e não a formulação de políticas públicas”<sup>19</sup>.

Nota-se, portanto, que os autores administrativistas divergem quanto aos limites da interferência judicial, mas não em relação a sua possibilidade. Não obstante, permanece o problema do caráter coletivo e comunitário do direito demandado.

No que toca à tutela do meio ambiente, é necessário ter em mente que, para além de um direito prestacional, trata-se de um direito eminentemente difuso e que, portanto, enfrenta desafios organizacionais e orçamentários. Assim sendo, Ana Paula de Barcellos<sup>20</sup> oportunamente adverte que:

A conclusão preliminar a que já se chegou, não apenas no Brasil, mas também em outros países, é a de que as decisões judiciais são executadas de forma razoável quando se trate de bens privados postulados em demandas individuais, como, *e.g.*, a entrega de medicamentos. Entretanto, quando se cuida de ações coletivas e/ou de demandas que envolvem bens públicos, como alteração, correção ou implantação de uma política pública, a execução das decisões judiciais pode demorar décadas ou eventualmente nunca acontecer.

Logo, a partir dos estudos até aqui destacados, há que se concluir que o controle judicial de políticas públicas se consubstancia em necessário instrumento para tutela do meio ambiente, amparado, aliás, pelo princípio da inafastabilidade de jurisdição presente no art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>21</sup>. Não obstante, ainda que se admita a possibilidade de atuação jurisdicional, é possível que esta não seja efetiva, caso em que a intangibilidade do bem ambiental estaria vulnerabilizada. Destarte, convém analisar outras formas pelas quais a tutela jurisdicional pode operar sobre o meio ambiente, de modo a protegê-lo de maneira satisfatória.

<sup>19</sup>MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 252.

<sup>20</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. 30 anos da Constituição de 1988: direitos fundamentais, políticas públicas e novas questões. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Org.). *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 57.

<sup>21</sup>BRASIL, *op. cit.*, nota 2.



### 3. A TUTELA DO MEIO AMBIENTE NA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A tutela transnacional do meio ambiente iniciou-se com a Conferência de Peritos sobre os Fundamentos Científicos da Utilização e da Conservação Racionais dos Recursos da Biosfera organizada pela UNESCO (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*) em 1968. Como consequência deste encontro, realizaram-se a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de Estocolmo, em 1972, e, posteriormente, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento do Rio de Janeiro, em 1992, estes verdadeiros marcos do reconhecimento do meio ambiente como ponto de cooperação internacional<sup>22</sup>.

A partir de então, a formulação da proteção ambiental em âmbito internacional passa a obedecer um modelo próprio de atualização. Como explicam Valerio de Oliveira Mazzuoli e Gustavo de Faria Moreira Teixeira<sup>23</sup>:

A tutela jurídica do meio ambiente, a partir da Conferência Rio-92, estrutura-se por uma nova engenharia consistente na aceleração dos mecanismos de adoção e entrada em vigor de normas internacionais relacionadas ao meio ambiente, por intermédio da adoção nos tratados mais emblemáticos de anexos, apêndices e termos genéricos, que, propositadamente, formam um vasto campo normativo a ser complementado por futuras decisões advindas de encontros periódicos dos Estados-partes: as chamadas Conferências das Partes ou COPs.

Se, por um lado, este formato permite que os tratados entrem em vigência de forma mais rápida, por outro, a sua eficácia resta prejudicada, uma vez que se tratam de normas de *soft law*, consubstanciando, portanto, “instrumento quase jurídico, desprovido de força coercitiva e, por conseguinte, de sanções aplicáveis aos Estados parte, ou cuja coercibilidade parece ser menor do que o *enforcement* do direito tradicional”<sup>24</sup>.

Tendo em vista esse caráter moral e não coercitivo dos tratados internacionais sobre o Direito Ambiental, desenvolve-se no âmbito das Cortes Regionais de Direitos Humanos um

---

<sup>22</sup>Cf. PASSOS, Priscilla Nogueira Calmon de. *A evolução do direito ambiental internacional e a aplicação dos tratados e convenções no Brasil*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/6983335/A\\_evolu%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_direito\\_ambiental\\_internacional\\_e\\_a\\_aplica%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_tratados\\_e\\_conven%C3%A7%C3%B5es\\_no\\_brasil](https://www.academia.edu/6983335/A_evolu%C3%A7%C3%A3o_do_direito_ambiental_internacional_e_a_aplica%C3%A7%C3%A3o_dos_tratados_e_conven%C3%A7%C3%B5es_no_brasil)>. Acesso em: 25 abr. 2020.

<sup>23</sup>MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Tutela jurídica do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Persona y derecho*. Navarra, v. 71, jul-dez 2014, p. 206.

<sup>24</sup>MOTTA, Thalita Lopes. Um Panorama jurisprudencial da proteção do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no sistema interamericano de direitos humanos. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, jul-dez 2009, p. 20.



mecanismo de tutela reflexa do meio ambiente chamado pela doutrina de *greening* ou esverdeamento. Mazzuoli e Teixeira conceituam o *greening* como “técnica que permite tutelar o meio ambiente nos sistemas regionais de proteção, que, a priori, não contam com proteção específica sobre essa temática”<sup>25</sup>. A partir de tal técnica, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos já concluiu que a degradação ambiental interfere no exercício de direitos assegurados pelas respectivas convenções de direitos humanos, como a vida, saúde, privacidade, propriedade, acesso à informação e outros<sup>26</sup>. Nesse contexto, constatam os autores que:

[...] a proteção ambiental no sistema interamericano tem evidenciado a necessidade de estar vinculada à demonstração de violações a dispositivos da Declaração ou Convenção Americanas. Como destaca Carla Amado Gomes, essa vinculação traz o ônus de uma proteção pela “via reflexa” ou por “ricochete”, ou seja, da impossibilidade de um bem ambiental ser protegido sem que suas inter-relações com violações aos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais sejam devidamente demonstradas e comprovadas<sup>27</sup>.

Atrelam-se, portanto, o Direito Ambiental e os direitos humanos de primeira geração, o que permite a tutela do meio ambiente por sistemas jurídicos de proteção mais robustos e possibilita a responsabilização internacional do Estado violador. Finalmente, Mazzuoli e Teixeira<sup>28</sup> concluem que:

[...] dentro da atual estrutura normativa internacional, marcada pela fragilidade ou “eficácia relativa” de normas que protejam o ambiente por si só, a técnica da proteção ambiental pela via reflexa ou indireta mostra-se uma importante via de amadurecimento e aperfeiçoamento dos mecanismos voltados não só à defesa do meio ambiente, mas também dos direitos humanos.

Nessa ótica, estabelecem-se três correspondências entre os direitos humanos primários e a proteção ambiental, sendo estas: a proteção ambiental como pré-condição à promoção dos direitos humanos; a proteção ambiental como um direito humano em si mesmo; e a proteção ambiental como resultado do exercício de outros direitos humanos<sup>29</sup>.

Note-se que, a tutela reflexa introduzida pelo *greening* no que toca ao direito ambiental em âmbito internacional aproxima-se da noção de diálogo das fontes defendida por

<sup>25</sup>MAZZUOLI; TEIXEIRA, op. cit., 2014, p. 204.

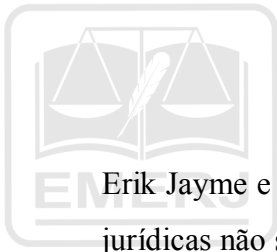
<sup>26</sup>Cf. Ibid. e MOTTA, op. cit., 2009.

<sup>27</sup>MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o *greening* da convenção americana sobre direitos humanos. *Revista Rev. direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, jun. 2013, p. 214.

<sup>28</sup>MAZZUOLI; TEIXEIRA, op. cit., 2014, p. 225.

<sup>29</sup>SPIELER, Paula. "The La Oroya Case: the Relationship Between Environmental Degradation and Human Rights Violations." *Human Rights Brief*, Washington, v. 18, no. 1, set. 2010, p. 20.





Erik Jayme e Cláudia Lima Marques<sup>30</sup>. Com efeito, implementa-se a noção de que as normas jurídicas não se excluem entre si, mas, de outro modo, complementam-se e reforçam-se.

Tal interação normativa pode ser implementada também para assegurar a tutela ambiental em âmbito interno.

Nos capítulos anteriores, evidenciou-se que a tutela jurisdicional das políticas públicas ambientais tem dois obstáculos, quais sejam: o caráter discricionário das políticas públicas e a possível inefetividade das decisões judiciais sobre a matéria, por se tratar de demanda complexa e coletiva. Dessa forma, defende-se a associação da legislação ambiental interna aos demais campos do Ordenamento Jurídico de modo a superar os obstáculos postos.

É possível realizar em âmbito interno associações entre o Direito Ambiental e os direitos fundamentais semelhantes às realizadas pela jurisprudência internacional. Notadamente porque o conteúdo desses direitos converge materialmente, divergindo apenas em relação a sua matriz de Direito, interno ou externo<sup>31</sup>.

Assim, ao ligar a tutela ambiental ao direito à propriedade, por exemplo, o cerne da pretensão torna-se o dever estatal de tutelar este direito, marginalizando a discussão acerca da ingerência sobre ato discricionário da Administração Pública. Além disso, é possível fazer mão de mecanismos próprios à garantia da propriedade, como os interditos possessórios e proibitórios, individualizando suficientemente a tutela para garantir sua efetividade.

Ademais, cumpre recordar que o Brasil, no exercício de sua soberania, é signatário da maior parte das Declarações e Convenções internacionais acerca da matéria ambiental<sup>32</sup>. Com isso, passa a ter efetiva obrigação internacional de resguardar o meio ambiente na medida prevista pelos acordos assinados. Em que pese tal obrigação seja, *a priori*, desprovida de sanção, deve ser entendida como suficiente para assentar as premissas internas para proteção do meio ambiente.

Nesse diapasão, sobressai-se a lição de Jorge Miranda<sup>33</sup>, para quem as obrigações impostas ao Estado por normas de Direito Internacional configuram limites heterônomos ao Poder Constituinte Originário. Conseqüentemente e com maior razão, essas mesmas obrigações também devem ser consideradas como barreiras quando a política pública é reformulada pelo Poder Constituído.

<sup>30</sup>Cf. PRADO, Sérgio Malta. *Da teoria do diálogo das fontes*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/171735/da-teoria-do-dialogo-das-fontes>> . Acesso em: 25 abr. 2020.

<sup>31</sup>SILVA, Jessica Cavalcante da. *Controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade: um estudo comparado entre Brasil, Argentina e Chile*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017, p. 13.

<sup>32</sup>PASSOS, op. cit., p. 15.

<sup>33</sup>MIRANDA apud NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 73.



Assim sendo, evidencia-se que as políticas públicas ambientais deixam de ser atos completamente discricionários para estarem vinculados aos fins dos instrumentos transnacionais aos quais o Brasil, como ente soberano, se obrigou com base na boa-fé que rege as relações internacionais.

## CONCLUSÃO

A partir da presente pesquisa percebeu-se que, em que pese o Brasil seja dotado de robusta legislação ambiental e seja signatário de diversos tratados e convenções acerca do meio ambiente, a tutela deste bem jurídico está fragilizada pela implementação de políticas públicas ineficientes. Inegavelmente, há uma verdadeira cruzada pelo desmantelamento da rede de proteção ambiental consolidada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em favor de um suposto crescimento econômico, sobretudo da indústria agropecuária.

A deterioração fática do meio ambiente – especialmente, o aumento das queimadas e desflorestamento amazônico – faz com que o Direito e, por consequência, o Judiciário, seja invocado para sua salvaguarda.

A primeira resposta doutrinária veio alcunhada como o princípio da proibição do retrocesso ambiental. Defendeu-se que, para além de um caráter prestacional, o Direito Ambiental impõe um dever estatal de não diminuição dos padrões de proteção já existentes. Tal restrição não importa em aniquilamento do espaço de conformação da Administração Pública ou do legislador, mas determina que a formulação de novas políticas públicas possibilite ao menos o mesmo nível de proteção que se gozava com a política anterior.

Não obstante, a implementação da vedação ao retrocesso perpassa necessariamente pelo delineamento de políticas públicas, esta tarefa precípua da Administração Pública com base em critérios discricionários. Discutiu-se, portanto, o limite de atuação do Judiciário, tendo em vista o princípio da separação dos Poderes e a teoria dos freios e contrapesos.

Neste ponto, foi possível concluir que todas as interpretações doutrinárias possibilitam a tutela jurisdicional das políticas públicas, seja em maior ou menor medida. Destarte, ainda que caiba ao Executivo a realização do programa de ação para proteção do bem jurídico ambiental, deverá fazê-lo segundo a lei e atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo estes aspectos sindicáveis pelo Poder Judiciário.

Contudo, ainda que possível a tutela jurisdicional das políticas públicas, persistia a questão sobre a efetividade dessas decisões judiciais. Isso porque a experiência demonstra



que, quanto mais ampla a tutela, mais demorada ou menores eram as chances de sua implementação.

Partiu-se, então, para análise da experiência dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos em relação à tutela do meio ambiente. Com efeito, em que pese existam numerosos tratados e acordos internacionais sobre Direito Ambiental, poucos gozam de coercibilidade. Em razão disso, desenvolveu-se um mecanismo de tutela reflexa do meio ambiente, atrelando-o a violações dos direitos humanos de primeira geração, de forma a tornar possível a imposição de sanções ao Estado violador.

Sem dúvidas, há uma afinidade material entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Portanto, concluiu-se que a mesma lógica aplicável à jurisdição internacional pode ser implementada em âmbito interno. Isto é, a aproximação entre o Direito Ambiental e os demais ramos jurídicos, de modo a individualizar suficientemente a demanda e aumentar as chances de efetivação da tutela jurisdicional. Assim, as normas que compõem o Ordenamento Jurídico trabalham para se completar e reforçarem-se entre si. Destarte, superar-se-iam quaisquer argumentos relacionados ao sacrifício da separação de Poderes pela atuação judicial, já que o cerne da pretensão estaria na realização de um direito subjetivo, para além da tutela ambiental em si.

Ademais, a presente pesquisa buscou demonstrar a existência de um dever fundamental de proteção ao meio ambiente. Para tal, recorda-se que o Brasil é signatário de Declarações e Convenções internacionais sobre a matéria ambiental, além de deter extenso regramento interno acerca do tema. Logo, a atuação judicial para implementação de políticas públicas de proteção ao meio ambiente tenciona não só o cumprimento do previsto pela Constituição e pelo Ordenamento Jurídico interno, mas também o cumprimento das obrigações internacionais às quais o Brasil, como ente soberano, submeteu-se.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. 30 anos da Constituição de 1988: direitos fundamentais, políticas públicas e novas questões. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Org.). *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 55-67.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos de. Como salvar a Amazônia: Por que a floresta de pé vale mais do que derrubada. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, 2020, p. 331-376.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)>. Acesso em: 11 set. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, abr.-jun., 1998, p. 39-48.

GARCIA, Julio Cesar; PEREIRA, Luis Fernando Lopes. Aportes metodológicos da história do Direito para a análise crítica do retrocesso no Direito ambiental. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, v. 15, n. 84, p. 9-27, nov.-dez., 2018.

INPE. *INPE consolida até 7.536 km<sup>2</sup> de desmatamento na Amazônia em 2018*. Disponível em: <[http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod\\_Noticia=5138](http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=5138)>. Acesso em: 11 set. 2019.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Tutela jurídica do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Persona y derecho*. Navarra, v. 71, jul.-dez. 2014, p. 203-227.

\_\_\_\_\_. O direito internacional do meio ambiente e o *greening* da convenção americana sobre direitos humanos. *Revista Rev. direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, jun. 2013, p. 199-241.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MOTTA, Thalita Lopes. Um Panorama jurisprudencial da proteção do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no sistema interamericano de direitos humanos. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, jul.-dez. 2009, p. 9-24.

NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente; OSOEGAWA, Diego Ken; ALMEIDA, Roger Luiz Paz de. Políticas desenvolvimentistas na Amazônia: Análise do desmatamento nos últimos dez anos (2009-2018). *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 6, n. 13, p. 145-169, jan.-abr., 2019.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

OLIVEIRA, Daniel Mitidieri Fernandes de. Algumas reflexões sobre o controle judicial da Administração Pública contemporânea. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, jul. 2017, p. 210-241.



PALAR, Juliana Vargas; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; DAVID, Thomaz Delgado de. A constitucionalização da proteção ambiental frente à exploração capitalista da natureza: um balanço nos 30 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 5, n. 12, p. 242-270, set.-dez., 2018.

PASSOS, Priscilla Nogueira Calmon de. *A evolução do direito ambiental internacional e a aplicação dos tratados e convenções no Brasil*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/6983335/A\\_evolu%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_direito\\_ambiental\\_internacional\\_e\\_a\\_aplica%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_tratados\\_e\\_conven%C3%A7%C3%B5es\\_no\\_brasil](https://www.academia.edu/6983335/A_evolu%C3%A7%C3%A3o_do_direito_ambiental_internacional_e_a_aplica%C3%A7%C3%A3o_dos_tratados_e_conven%C3%A7%C3%B5es_no_brasil)>. Acesso em: 25 abr. 2020.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Sérgio Malta. *Da teoria do diálogo das fontes*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/171735/da-teoria-do-dialogo-das-fontes>> . Acesso em: 25 abr. 2020.

PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: COLÓQUIO O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL, 2012, Brasília, *Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle*. Brasília: Senado Federal, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas a respeito dos direitos fundamentais e sociais e a proibição do retrocesso: desafios e perspectivas. In: *XX Encontro Regional da AMATRA, 2009*, Buenos Aires. Disponível em: <<https://www.amatra4.org.br/artigos-2/cadernos/caderno-13/>> . Acesso em: 11 jan. 2020.

SILVA, Jessica Cavalcante da. *Controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade: um estudo comparado entre Brasil, Argentina e Chile*. 2017.110 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017.

SPIELER, Paula. The La Oroya Case: the Relationship Between Environmental Degradation and Human Rights Violations. *Human Rights Brief*, Washington, v. 18, no. 1, set. 2010, p. 19-23.

## SOBERANIA DOS VEREDICTOS E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: PRINCÍPIOS EM CONFLITO?

João Gabriel Kasakewitch de Souza Mathiesen

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade  
Federal Fluminense em Niterói

**Resumo** – cada vez mais se discute a necessidade da adoção de interpretações mais rígidas da Constituição da República e das leis infraconstitucionais para favorecer o combate à criminalidade, o que faz surgir diariamente questões polêmicas. Dentre tantas, se encontra a possibilidade de permitir a execução imediata da pena fixada após sessão plenária do Tribunal do Júri. Para tanto, porém, necessária se faz uma ponderação entre os princípios da soberania dos veredictos e da presunção de inocência. A essência do trabalho é abordar esses paradigmas norteadores do Direito Penal, verificar a melhor forma de aplicá-los, evitando a supressão de um deles, e apontar qual a tese que melhor orienta essa discussão.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Princípio da soberania dos veredictos. Princípio da presunção de inocência. Cumprimento imediato de pena.

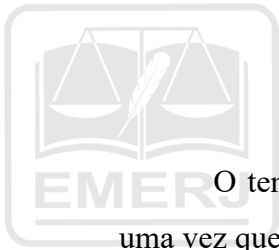
**Sumário** – Introdução. 1. Controvérsias quanto à ponderação entre os princípios da soberania dos veredictos e da presunção de inocência. 2. Da possibilidade jurídica da execução imediata de pena após decisão de Tribunal do Júri. 3. Prevalência no Supremo Tribunal Federal do princípio da soberania dos veredictos em detrimento da presunção de inocência: uma tendência? Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a necessidade de ponderação entre os princípios da soberania dos veredictos e a presunção de inocência para que se conclua acerca da constitucionalidade ou não da execução imediata da pena privativa de liberdade após condenação em Tribunal do Júri.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o instituto supramencionado é compatível com a ponderação entre tais paradigmas fundamentais. Em outras palavras, procura-se compreender se, no bojo desse fenômeno, haveria ou não a supressão de um princípio constitucional.

A Constituição Federal estabelece, ainda na sua parte tocante aos direitos fundamentais, que a decisão tomada pelo Tribunal do Júri é soberana. Todavia, também trata, no mesmo dispositivo, que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Até que ponto se pode estender a semântica do vocábulo “soberana”? Estaria configurada uma exceção ao princípio da presunção de inocência, ou seria possível a vigência de ambos paradigmas norteadores, por meio da ponderação?



O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que, além de contar com o clamor popular de tratamento mais rígido à criminalidade, conta com a ausência de norma literal nesse sentido expressa no texto constitucional.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “execução imediata da pena” e compreender como tal conceito surgiu no teor da discussão doutrinária e jurisprudencial, adentrando o ordenamento jurídico pátrio e causando controvérsia principiológica. Pretende-se, ainda, despertar a atenção quanto à possibilidade de se solucionar essa polêmica mediante a elaboração de projetos de lei ou emendas que elucidem o mérito em apreço, determinando qual princípio se sobrepõe ao outro.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as controvérsias que tange ao aparente conflito entre os princípios constitucionais da presunção de inocência e da soberania dos veredictos, demonstrando como o tema do trabalho pode suscitar tal embate. Há a proposição, assim, de uma ponderação entre esses valores.

Após a exposição do possível cenário de dissenso entre os paradigmas fundamentais norteadores do Direito Processual Penal, segue o trabalho adentrando de forma específica o instituto da execução imediata da pena, como ele surge no cenário atual, como ele começa a gerar precedentes nos tribunais superiores nacionais, e, por fim, como ele se compatibiliza – ou não – com o direito pátrio.

O terceiro capítulo trata da aparente tendência atual do Supremo Tribunal Federal em valorar o princípio da soberania dos veredictos em detrimento da presunção de inocência, abordando se essa questão tende ou não a ser pacificada na mais alta corte nacional. Nesse sentido, se aborda a elaboração prévia de normas infraconstitucionais que tratam da matéria, e se conclui pela necessidade de elaboração de uma norma constitucional que defina, de uma vez por todas, qual tratamento deve ser dado ao fenômeno em estudo.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador pretende abordar as supramencionadas proposições hipotéticas, compulsando-as, explicando a origem do instituto e demonstrando quais delas devem ser mais valoradas em detrimento das outras.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador tem o objetivo de interpretar o fenômeno, elucidando o aparente conflito de direitos fundamentais. Nessa seara, pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1. CONTROVÉRSIAS QUANTO À PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Insculpidos no Capítulo I, Título II da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>1</sup>, os princípios da soberania dos veredictos e da presunção de inocência podem ser encontrados ainda no Artigo 5º da Lei Fundamental. Tais princípios, além de serem classificados como direitos fundamentais, à luz da visão constitucional, são diretrizes norteadoras do direito processual penal contemporâneo.

De fato, para que se possa realizar uma correta leitura do processo penal à luz da nova ordem constitucional, imprescindível se faz compulsar o teor dos princípios que o cercam. Como é cediço, o referido ramo do direito tem suas principais normas editadas previamente à Constituição de 1988, o que impõe uma nova visão de seus postulados.

Nesse cenário, devem os princípios constitucionais supramencionados imergirem e fundarem novos paradigmas acerca do processo penal. No que diz respeito ao princípio da soberania dos veredictos, deve ele se fazer presente nesse campo jurídico para impedir que a decisão ativa do Tribunal do Júri seja sobrestada ou substituída por outra que, mesmo proferida por um órgão jurisdicional superior, não seja oriunda do povo. Tal constatação deve assim ser realizada pois é objetivo do legislador constituinte possibilitar que somente um tribunal popular possa julgar réus acusados de crimes dolosos contra a vida.

No que tange ao princípio da presunção de inocência, tem o constituinte o fito de impedir que qualquer pessoa seja considerada culpada até trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, que passe a obter tratamento de condenado até que seus meios de defesa tenham se esgotado, seu processo tenha de fato ultimado em condenação por crime ou contravenção penal.

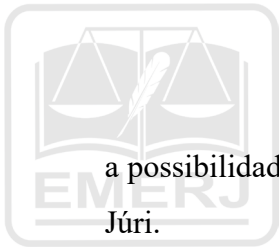
Com o intuito de prestigiar a soberania dos veredictos, dispõe o Código de Processo Penal, em seu Artigo 593<sup>2</sup>, que não é possível a reforma, em segunda instância, da sentença proferida pelo Tribunal do Júri, no tocante à decisão soberana dos jurados. Mesmo que manifestamente contrária à prova dos autos, nada podem os julgadores da instância superior fazer em relação à decisão do Júri, senão submeter o réu a um novo julgamento. Em outras palavras, não se pode substituir uma decisão popular pela decisão de togados, restando apenas

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 2 out. 2019.

<sup>2</sup>BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 2 out. 2019.





a possibilidade de substituição dessa por outra vontade popular, em eventual novo plenário do Júri.

Surge, a partir desse ponto, uma grande controvérsia acerca da aplicação das normas processuais penais, haja vista uma possível dubiedade de interpretação dos postulados constitucionais. Como já expressei acima, o legislador constituinte tem por objetivo impedir que a decisão do Júri seja refutada por outras instâncias, concedendo, para tanto, soberania aos jurados para realizar seu veredicto. Noutra ponta, também dispõe o legislador que não é possível que qualquer réu em matéria criminal seja considerado culpado até o fim do trâmite.

Portanto, como pode a Carta Magna, ao mesmo tempo determinar que uma decisão do Júri deve ser soberana, não mais podendo ser reformada, sequer sendo viável a discussão acerca da autoria e materialidade do delito julgado após seu veredicto, e ao mesmo tempo dispor que o réu deve ser tratado como inocente até o fim da marcha processual? Mais além, como pode o veredicto ser soberano, ou seja, não poder ter seu teor alterado, e a sentença dele proveniente não poder ser implementada?

A partir dessa exposição, é possível se concluir que há, entre dois dos mais relevantes paradigmas norteadores da Lei Maior, um aparente conflito, pois, se a decisão do Júri é soberana, não podendo ser substituída por outra decisão que não seja também popular, não resta ao réu, ao cabo desse procedimento, possibilidade de reverter a convicção do Poder Judiciário acerca da autoria e materialidade do crime doloso contra a vida pelo qual fora julgado. Não lhe resta, portanto, presunção de inocência. Por outro lado, se o acusado goza dessa presunção até o fim do processo, logo, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença não é tão potente quanto até então se entendia. Não se vislumbraria no veredicto, portanto, qualquer sombra de soberania.

O embate entre esses princípios soa ainda mais verossímil quando se cumpre o relevante papel de se recordar que não há hierarquia entre normas constitucionais. Em verdade, a legislação infraconstitucional pode ser desconsiderada ou declarada nula se violar postulados da Lei Fundamental, pois, no que tange à pirâmide de Hans Kelsen<sup>3</sup>, aquela é hierarquicamente inferior a esta. Todavia, no tocante a normas presentes no próprio texto constitucional, não se pode sustentar que uma prevaleça em detrimento da outra, pois ambas têm a mesma graduação jurídica.

---

<sup>3</sup> LEITE, Gisele. *A tese de Hans Kelsen, a norma fundamental e o conceito de justiça*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-119/a-tese-de-hans-kelsen-a-norma-fundamental-e-o-conceito-de-justica/>>. Acesso em: 15 nov. 2019.



Não há, portanto, dúvidas acerca da constitucionalidade dos princípios, inexistindo violação a qualquer cláusula pétrea no teor dos seus postulados, sendo certo que isso sequer poderia ser sustentado, uma vez que eles fazem parte da redação original da Carta Magna de 1988<sup>4</sup>. Conclui-se, assim, pela vigência de ambas as diretrizes norteadoras do processo penal.

Se a presunção de inocência e a soberania dos veredictos têm vigor concomitante na mesma ordem constitucional, indispensável se faz a realização de uma ponderação entre esses valores para definir, ao fim da pesquisa, qual deve ter sua aplicação ampliada e qual deve ter sua aplicação restrita, não se permitindo a supressão de qualquer um deles em favor do outro.

Tal discussão jurídica tem valor altamente relevante pois, se o princípio da soberania dos veredictos, ao fim, se sobrepor ao da presunção de inocência, será possível o reconhecimento da constitucionalidade da “execução imediata de pena”<sup>5</sup>. Tal fenômeno, surgido a partir da referida óptica constitucional, entende, em tese, que esse princípio deve ser restrito em face daquele. Logo, o réu condenado pelo Tribunal do Júri deve iniciar seu cumprimento de pena imediatamente após a decisão do tribunal popular, pois a autoria e materialidade, assim considerada pelos jurados, não mais poderia ser revista em instâncias superiores, não subsistindo de forma plena sua presunção de inocência.

Se, contudo, a suposição de sua não culpabilidade for mais relevante que a soberania do Júri, logo, não seria possível considerar a execução da pena instantaneamente após decisão desse plenário, ainda que condenatória. Nessa seara, o princípio da soberania não seria suficiente a ilidir a presunção de inocência, tampouco podendo ser entendido como uma exceção ou uma forma de restringi-la, o que impediria a aplicação do fenômeno supramencionado.

Tal questão, levada aos tribunais superiores, gerou precedentes na mais alta corte<sup>6</sup>, onde se considerou a constitucionalidade do instituto acima explicitado. Todavia, carece tal decisão de uma discussão mais aprofundada acerca dos princípios constitucionais em dissonância, o que ressalta a relevância jurídica do tema.

---

<sup>4</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>5</sup> COELHO, Gabriela. *Execução da pena de condenação pelo tribunal do júri deve ser imediata*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-24/execucao-pena-condenacao-tribunal-juri-dever-imediata>>. Acesso em: 2 out. 2019.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC. nº 140.449/RJ*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748979180>>. Acesso em: 04 set. 2019.



## 2. DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DA EXECUÇÃO IMEDIATA DE PENA APÓS DECISÃO DE TRIBUNAL DO JÚRI

O instituto da execução imediata da pena, como acima demonstrado, surge a partir de uma interpretação do texto constitucional em seu Artigo 5<sup>o</sup><sup>7</sup> que observa o princípio da soberania dos veredictos como uma exceção, ou mesmo um limitador ao princípio da presunção de inocência. Assim, entendem seus adeptos que, a partir do momento em que sobrevém decisão condenatória por parte do Tribunal do Júri, não haveria mais razão para adiar o início do cumprimento da pena, pois, como é soberana, não poderá ser reformada mediante recurso.

Tal fenômeno jurídico guarda contemporaneidade com o crescente clamor popular de maior rigidez do direito penal e processual penal. Não há como se afastar, em hipótese alguma, que a leitura dos princípios constitucionais demonstrada no parágrafo acima, malgrado não tenha necessariamente surgido na última década, ganhou muita força nesse referido espaço de tempo. Em verdade, se requer, cada vez mais, maior repressão à criminalidade em geral, e, em específico, aos perpetrantes de delitos contra a vida. Eis, portanto, o contexto perfeito para a popularização do entendimento alvo da pesquisa.

Além disso, tal instituto é oriundo de análise comparativa com os sistemas jurídicos de outras nações, como, por exemplo, o dos Estados Unidos da América. No que diz respeito ao direito norte-americano, a prisão penal, salvo raras hipóteses, deve ser executada após condenação em primeira instância, uma vez que todos os crimes são julgados perante o indigitado tribunal popular<sup>8</sup>. Logo, os adeptos da aplicação desse entendimento no Brasil concluem que a prisão imediata após condenação por crime contra a vida não violaria o devido processo legal.

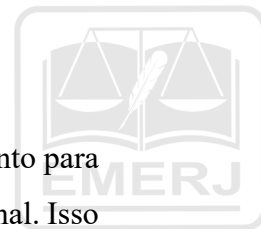
Em contrapartida ao fenômeno que ganhara terreno no universo jurídico, alguns constitucionalistas e processualistas penais passaram a sustentar a maior valoração do princípio da presunção de inocência, em detrimento da soberania dos veredictos. Comentando o teor da Lei 13.964/2019<sup>9</sup>, que altera o Art. 492 do Código de Processo Penal<sup>10</sup>, Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa acabam por tratar, mesmo que de forma indireta, do instituto da prisão imediata após condenação em Tribunal do Júri. De acordo com o que sustentam em seu

<sup>7</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>8</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *A Constituição dos Estados Unidos da América*. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>>. Acesso em: 19 apr. 2020.

<sup>9</sup> BRASIL. *Lei n° 13.964/2019*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 15 apr. 2020.

<sup>10</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.



artigo<sup>11</sup>, qualquer alteração legal que tornasse obrigatória a decretação de encarceramento para cumprimento de pena logo após a decisão dos jurados seria, por essência, inconstitucional. Isso pois, segundo argumentam, o Supremo Tribunal Federal já decidiu previamente que a execução da pena antes do trânsito em julgado seria incompatível com a Carta Magna; por conseguinte, a prisão após decisão do júri também seria vedada.

Mais além, os autores acima mencionados afirmam<sup>12</sup> que a soberania dos jurados seria um princípio constitucional cuja finalidade consistiria em garantir a independência dos jurados, não podendo ser utilizado como argumento legitimador de prisão. Portanto, a instituição do júri valeria para a garantia do devido processo legal, com o objetivo de prestigiar os direitos individuais do réu, e não para sacrificar sua liberdade.

Nesse cenário, o fenômeno jurídico da execução imediata da pena passa a ser debatido pelas demais cortes nacionais, gerando precedentes jurisprudenciais. A Suprema Corte, guardiã do texto constitucional, por fim, acabou se pronunciando a esse respeito. No julgamento do *Habeas Corpus* nº 140.449/RJ<sup>13</sup>, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, decidiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal que a decisão de encarcerar o réu para o cumprimento de sua reprimenda após respectiva decisão condenatória do plenário do júri seria compatível com a Constituição da República<sup>14</sup>. Na ocasião, entendeu a corte que o princípio da presunção de inocência deveria ser sopesado com base no paradigma da soberania dos veredictos. Logo, este impunha uma restrição àquele.

Assim sendo, na forma do entendimento da corte constitucional no julgamento da ação de impugnação acima mencionada, por mais que restasse ao réu a presunção de inocência, que perdurará até a superveniência do trânsito em julgado, isso não poderia valer de parâmetro para impedir a execução da pena a qual veio a ser sentenciado. Se assim o fosse, ficaria prejudicada a relevância que o texto constitucional dera à decisão do tribunal popular. Nesse sentido, a expressão “soberania dos veredictos” não teria sido aposta na letra da Carta da República com outro fito que não o de ressaltar a sua qualidade em detrimento de qualquer outra decisão judicial. Corroboraria com essa posição o teor do Código de Processo Penal<sup>15</sup>, que veda a reforma do veredicto. Ainda que ocorra manifesta apreciação indevida das provas presentes nos

---

<sup>11</sup> LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional>>. Acesso em: 15 apr. 2020.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.



autos, nada pode o tribunal recursal fazer para absolver aquele que considera condenado injustamente, exceto submeter o réu a nova sessão plenária.

Todavia, o mesmo Supremo Tribunal Federal também já se posicionou em sentido diverso. No julgamento do *HC* nº 174.759<sup>16</sup>, de relatoria do Ministro Celso de Mello, foi concedida medida cautelar para suspender o início da execução provisória da pena. Assim, ficou ao réu assegurado o direito de permanecer em liberdade até o julgamento dos demais recursos, ultimando o trânsito em julgado da ação. Segundo sustentou o juiz da mais alta corte, a soberania do júri não pode ser entendida como um marco que define uma manifestação decisória intangível. Portanto, não sendo possível a decretação de prisão cautelar do réu, deve ele ser posto em liberdade, ainda que condenado pelo júri.

Ainda no que tange à Suprema Corte, tal questão tende a ser pacificada com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.235.340<sup>17</sup>. Contudo, a controvérsia doutrinária permanece em aberto. Em verdade, há que se reconhecer na discussão um caráter filosófico, que diz respeito à própria formação do Estado de Direito. Nesse cenário, é válida a indagação acerca dos limites estatais à restrição da liberdade ambulatoria do indivíduo. Poderia uma decisão de primeira instância ser o único termo apto a gerar o direito estatal de encarcerar, mesmo que seja ela tomada pelo Tribunal do Júri?

Em verdade, observa-se a promulgação recente da Lei nº 13.964/2019<sup>18</sup>, que passa a determinar expressamente a prisão para cumprimento de pena após condenação pelo júri. Todavia, sua constitucionalidade deve ser devidamente compulsada, trabalho a ser realizado ainda nessa pesquisa.

### 3. PREVALÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS EM DETRIMENTO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA TENDÊNCIA?

Conquanto tenha o Supremo Tribunal Federal se manifestado em ambos os sentidos no tocante à possibilidade de execução imediata da pena após condenação por crime doloso contra a vida pelo Tribunal do Júri, como acima demonstrado, há que se reconhecer a atual tendência

---

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC. nº 174.759/CE*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5756267>>. Acesso em: 15 apr. 2020.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário. nº 1.235.340/SC*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5776893>>. Acesso em: 15 apr. 2020.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.



da corte em considerar possível a aplicação desse fenômeno. Nesse sentido, pode-se concluir que a atual composição de julgadores da mais alta corte nacional tende a julgar constitucional o encarceramento para cumprimento de pena logo após condenação pelo tribunal popular.

De fato, se realmente o fizer, acabará a Suprema Corte por entender pela prevalência do princípio constitucional da soberania dos veredictos, em detrimento do princípio da presunção de inocência. Assim, adotará a tese primeiramente mencionada no capítulo anterior desse trabalho.

Tal conclusão pode ser extraída do julgamento de uma ação conexa, cujo resultado, embora em sentido contrário à tendência que se quer demonstrar, expõe a predisposição do entendimento dos ministros da corte: trata-se do resultado das Ações Diretas de Constitucionalidade 43<sup>19</sup>, 44<sup>20</sup> e 54<sup>21</sup>. Nessas ações, debateu-se no Supremo Tribunal Federal a possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Comparadas a ações que julguem a possibilidade de prisão após condenação pelo Júri, há que se reconhecer que aquelas tratavam de um tema bem mais amplo, pois dizem respeito a qualquer condenação criminal.

Ainda no que diz respeito às ações acima mencionadas, ficou evidente a controvérsia suscitada no respectivo tribunal. Alguns ministros consideraram que a era possível a relativização do princípio constitucional da presunção de inocência, e que a Carta Magna<sup>22</sup>, ao dispor em seu Art. 5º, inciso LVII, que ninguém poderia ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não impedia o fenômeno da execução provisória de pena, a ser realizada após condenação por tribunal colegiado de segunda instância. Em contrapartida, outros ministros consideraram que a presunção de inocência deveria prevalecer, não sendo possível o instituto da execução provisória da pena.

Ao cabo, concluiu a corte que não seria possível a flexibilização da garantia constitucional supramencionada. Todavia, tal decisão se deu com mínima vantagem<sup>23</sup>, uma vez

---

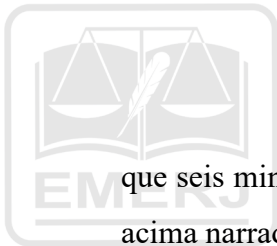
<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade. nº 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 1 mai. 2020.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade. nº 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 1 mai. 2020.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade. nº 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>>. Acesso em: 1 mai. 2020.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>23</sup> D'AGOSTINO, Rosanne; OLIVEIRA, Mariana. *Por 6 votos a 5, STF muda de posição e derruba prisão após condenação na 2ª instância*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/07/por-6-votos-a-5-stf-muda-de-posicao-e-derruba-prisao-apos-condenacao-na-2a-instancia.ghtml>>. Acesso em: 2 mai. 2020.



que seis ministros julgaram inconstitucional a execução provisória da pena nas circunstâncias acima narradas, enquanto cinco votaram pela sua constitucionalidade.

Extraí-se, portanto, que dos onze atuais integrantes da Suprema Corte, cinco são favoráveis, em alguma medida, a uma releitura da presunção de inocência. Assim, assinalam eles, de alguma forma, pela relativização dessa garantia prevista na Lei Maior. Nesse cenário, é possível compreender que tendem tais julgadores a considerar constitucional a possibilidade de execução imediata da pena após condenação pelo Tribunal do Júri. Isso pois, de igual forma à execução provisória da pena, o seu cumprimento imediato em caso de crime doloso contra a vida também importa em flexibilização do paradigma norteador supracitado.

Mais além, percebe-se, quanto ao caso em análise na presente pesquisa, que se cuida de hipótese específica, atinente apenas aos delitos julgados pelo tribunal popular. Tal hipótese conta com outro princípio previsto na Carta da República<sup>24</sup>, qual seja, o da soberania dos veredictos. Logo, não consiste em absurdo concluir que os juízes da Suprema Corte que se posicionaram no sentido de permitir a execução provisória da pena têm alta predisposição de entender possível a prisão após decisão condenatória do júri.

A partir da conclusão acima mencionada, é possível compreender que a tendência da Suprema Corte deve ser, em verdade, entender pela possibilidade da execução imediata da pena em caso de condenação pelo júri. Isso pois, além dos cinco prováveis votos em favor da flexibilização da presunção de inocência, deve-se atentar ao possível voto favorável do atual Presidente da corte, Ministro Dias Toffoli<sup>25</sup>.

Portanto, é bastante provável que o Supremo Tribunal Federal conclua pela possibilidade do cumprimento imediato da reprimenda imposta pelo Tribunal do Júri após condenação por crime doloso contra a vida. Essa possível decisão, se futuramente confirmada, será de acordo com o teor da Lei nº 13.964/2019<sup>26</sup>, que já estabelece, mediante alteração do Código de Processo Penal<sup>27</sup>, a prisão após veredicto condenatório do Conselho de Sentença. Assim, acabará por declarar, mesmo que de forma indireta, a constitucionalidade da referida legislação.

Ao teor da atual redação do diploma processualístico penal<sup>28</sup>, em seu artigo 492, o juiz presidente do Tribunal do Júri, ao proferir a sentença condenatória, determinará o cumprimento imediato da reprimenda, desde que ela não seja menor que quinze anos de reclusão. O texto

---

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 17.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

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

<sup>28</sup> Ibid.



legal em apreço trata do termo “cumprimento provisório”, o que faz alusão à possibilidade de interposição de recursos. Assim, nota-se claramente a ponderação que é feita pela lei entre as diretrizes norteadoras presentes na Constituição Federal. Tem-se, logo, o objetivo de preservar a soberania dos veredictos, sem abrir mão da presunção de não culpabilidade, haja vista o direito de apelação por parte do réu. Como é cediço, nesse procedimento especial, eventual recurso pode ocorrer para submeter o condenado a um novo julgamento, operando-se, assim, a anulação da sessão plenária; ou mesmo ser interposto com a finalidade de alterar a dosimetria da pena – nessa hipótese, por impugnar apenas decisão do juiz presidente, não se faz necessária anulação do julgado, sendo cabível sua reforma em segunda instância.

No entanto, se sobrevier decisão da corte constitucional da República que permita o cumprimento imediato da pena, até mesmo o dispositivo legal supramencionado precisará sofrer releitura. Isso pois, conforme mencionado, a Lei nº 13.964/2019<sup>29</sup> submete o condenado à prisão apenas no caso de pena igual ou superior a quinze anos.

Assim, se a mais alta corte nacional entender pela prevalência do princípio da soberania dos veredictos, relativizando a presunção de inocência, tal compreensão provavelmente deverá ser ater a qualquer condenação por crime doloso contra a vida, e não somente para aquelas cuja reprimenda está prevista no artigo 492, inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal<sup>30</sup>.

A partir desse ponto, surgirá nova controvérsia quanto à aplicação da lei ou do entendimento do Supremo Tribunal Federal. Para evitar essa situação, ao analisar a questão, deveria a referida corte decidir, outrossim, se a aplicação imediata da pena deve ocorrer apenas na hipótese legal, ou se seria aplicável a qualquer caso.

Para a completa pacificação do tema, necessário se faz a aposição expressa, no texto constitucional, de qual princípio deve prevalecer, e qual deles deve ser restrito. Em verdade, a mera edição de lei que cuide do tema não soluciona de *per si* a controvérsia, pois se trata de debate acerca de paradigmas constitucionais. Como é cediço, ressalvadas as hipóteses em que ela mesma dispõe acerca da “reserva legal” – o que não configura o caso – não pode a legislação ordinária revogar, alterar, nem mesmo impor leitura a texto da Carta Magna, sob pena de violação à hierarquia normativa.

Nesse mesmo cenário, uma decisão pelo Supremo Tribunal Federal traz mais segurança. Todavia, não encerra a controvérsia, pois entendimentos dessa corte podem, a qualquer momento, serem por ela revista. À guisa de ilustração, observa-se o ocorrido no julgamento das

---

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.





supramencionadas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43<sup>31</sup>, 44<sup>32</sup> e 54<sup>33</sup>. Anteriormente aos seus julgamentos, entendia tal tribunal pela possibilidade de execução provisória da pena após condenação criminal em segunda instância; posteriormente, alterou-se o entendimento, impossibilitando a prisão após condenação por órgão colegiado do Poder Judiciário.

Logo, ainda que a Suprema Corte considere de acordo com a Carta Magna a execução imediata da pena após condenação pelo Tribunal do Júri, nada impede que em momento futuro volte atrás, como já o fez no caso acima mencionado, trazendo ao debate ainda mais insegurança jurídica.

Assim, imprescindível se faz que o legislador constituinte derivado reformador edite uma emenda à Lei Maior que explicita, no seu próprio texto, como deve se dar a execução de pena após condenação pelo júri. Somente com essa providência a controvérsia poderá ser solucionada, pois, a partir desse ponto, terá o representante eleito finalmente optado por disciplinar a questão. Muito embora permaneça, além disso, a discussão acadêmica, doutrinária e filosófica acerca do momento correto de restrição por parte do Estado à liberdade ambulatoria dos condenados, terá sido resolvida a celeuma em sua esfera pragmática, qual seja, a da devida aplicação do direito constitucional e processual penal.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou a existência de um conflito intrínseco de princípios constitucionais insculpidos no Capítulo de Direitos Fundamentais da Carta da República, quais sejam, a presunção de inocência e a soberania dos veredictos. A grande celeuma cinge-se na aplicação do instituto da prisão imediata após condenação pelo Tribunal do Júri por crime doloso contra a vida.

No que tange à supramencionada controvérsia, o trabalho em apreço logrou expor e elaborar as duas principais orientações: de um lado, os defensores da primazia da presunção de inocência, que consideram inconstitucional a leitura permissiva do instituto em análise; noutra ponta, os que advogam pela sobreposição do princípio da soberania dos veredictos, concluindo em sentido diverso dos primeiros.

Com o intuito de descortinar as distintas perspectivas, cuidou o primeiro capítulo da pesquisa de posicionar o conflito entre princípios constitucionais. Ao cabo, concluiu-se que não

---

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 19.

<sup>32</sup> BRASIL, op. cit., nota 20.

<sup>33</sup> BRASIL, op. cit., nota 21.



seria possível chegar a uma solução senão pela ponderação. Isso pois, por se tratar de normas dispostas no corpo da Constituição, não é possível que se finde a controvérsia pela aplicação das demasiadas técnicas de resolução de antinomia legal. Com efeito, observam-se dois paradigmas norteadores que eventualmente vão de encontro quando da possibilidade ou não da existência do fenômeno em tela.

Ao prosseguir com a análise, trata o segundo capítulo do referido trabalho de como tal questão tem chegado às cortes superiores, nelas inclusas o Supremo Tribunal Federal. Ainda nesse tópico, fica exposta que a controvérsia entre os princípios influi na prolação de diferentes decisões, algumas permitindo o encarceramento para cumprimento de pena após decisão condenatória do júri, enquanto outras considerando que a presunção de inocência impede essa forma de prisão ainda nessa etapa processual.

Por fim, o terceiro capítulo desse artigo se detém a convencer o leitor de que tendência da Suprema Corte do País consiste, atualmente, em permitir o cumprimento imediato de reprimenda penal após decisão soberana do tribunal popular. Para tanto, expõe a predisposição dos juízes que integram o corpo atual de membros a considerar constitucional o fenômeno em apreço – *i.e.*, entender que o princípio da soberania dos veredictos tem primazia em relação ao da presunção de inocência, limitando-o em sua essência.

Em suma, finaliza-se a presente pesquisa concluindo pela necessidade inexorável da edição, por parte do legislador constituinte derivado reformador, de uma emenda ao corpo constitucional que demonstre, de uma vez por todas, qual princípio deve ser aplicado em detrimento do outro. Somente assim será possível o fim da celeuma, uma vez que, mesmo que o entendimento do Supremo Tribunal Federal seja devidamente firmado, ainda se faz possível que mais tarde venha a ser alterado. Isso pois o texto constitucional é por demais dúbio, sendo sua margem de análise muito ampla.

Portanto, a depender da composição da corte, decisões em sentido diverso poderão ser formadas, causando insegurança jurídica. Deve ser explicitado no corpo Carta Magna, assim, qual dos valores deve prevalecer. Se isso for feito, será resolvido o embate jurídico, remanescendo apenas eventual discussão filosófica.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 2 out. 2019.



\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 2 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.964/2019*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 15 apr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade. nº 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 1 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade. nº 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 1 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade. nº 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>>. Acesso em: 1 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC. nº 140.449/RJ*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748979180>>. Acesso em: 04 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC. nº 174.759/CE*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5756267>>. Acesso em: 15 apr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário. nº 1.235.340/SC*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5776893>>. Acesso em: 15 apr. 2020.

COELHO, Gabriela. *Execução da pena de condenação pelo tribunal do júri deve ser imediata*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-24/execucao-pena-condenacao-tribunal-juri-dever-imediate>>. Acesso em: 2 out. 2019.

D'AGOSTINO, Rosanne; OLIVEIRA, Mariana. *Por 6 votos a 5, STF muda de posição e derruba prisão após condenação na 2ª instância*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/07/por-6-votos-a-5-stf-muda-de-posicao-e-derruba-prisao-apos-condenacao-na-2a-instancia.ghtml>>. Acesso em: 2 mai. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *A Constituição dos Estados Unidos da América*. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/reccida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>>. Acesso em: 19 apr. 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Marins Fontes, 2009.

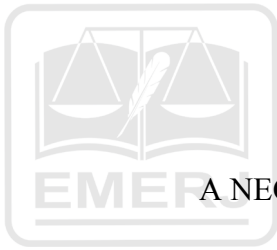
LEITE, Gisele. *A tese de Hans Kelsen, a norma fundamental e o conceito de justiça*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-119/a-tese-de-hans-kelsen-a-norma-fundamental-e-o-conceito-de-justica/>>. Acesso em: 15 nov. 2019.



LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional>>. Acesso em: 15 apr. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39. ed., rev. e atual. / até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.



## A NECESSIDADE DA CORROBORAÇÃO DA PROVA NA COLABORAÇÃO PREMIADA PARA O RECEBIMENTO DA AÇÃO

João Victor Ribeiro Barros

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado. Pós-Graduado em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais.

**Resumo** – a Lei nº 12.850 de 2013 surgiu como importante instrumento contra as organizações criminosas e principalmente no aprofundamento do instituto da colaboração premiada, que foi mais detalhada na sua forma de aplicação com o advento da lei. A colaboração premiada deverá ser instrumento eficaz utilizado pelos órgãos estatais para a elucidação de crimes complexos baseados na colaboração do delator. Assim, será importante verificar que as declarações do colaborador deverão ser lastreadas com provas mínimas das suas declarações, caso contrário o acordo não deverá ser celebrado. A essência do trabalho cingiu-se nisto: o instrumento da colaboração premiada deverá ser observado como meio de obtenção de prova para que seja realizado de acordo com os valores constitucionais e tenha sua legalidade respeitada para a correta celebração do acordo.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Provas. Colaboração Premiada.

**Sumário** – Introdução. 1. O instituto da colaboração premiada e os limites processuais das tratativas. 2. A importância da corroboração da prova na colaboração premiada. 3. Da verificação da robustez da prova pelo Ministério Público ou Delegado de Polícia. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a construção da prova na colaboração premiada, discutindo a necessidade da robustez da prova indicada pelo possível delator em sede de tratativa do acordo da colaboração premiada. Tal ponto é de extrema importância, pois o recebimento da peça acusatória futuramente elaborada pelo Ministério Público, se baseará nas provas produzidas em razão do acordo de colaboração premiada.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir até que ponto o depoimento do possível colaborador em sede de negociação deve ensejar a continuação das tratativas quanto a avaliação das possíveis provas do possível delator.

O tema é controvertido na doutrina e merece atenção, uma vez que o tema é novo e somente agora aparecem as reverberações das colaborações com a intitulada operação Lava-Jato.



Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o papel do Ministério Público como *custus legis*, no qual discute-se se poderá escolher as melhores provas e indiretamente deixar de seguir outra linha de investigação que acarrete maior dificuldade probatória, mas de maior voluptuosidade na prática delitiva.

Pretende-se, ainda, e tendo como ponto alto da pesquisa instigar e possivelmente responder quanto a necessidade da robustez da prova produzida pelo colaborador para que forme a convicção do magistrado para a celebração do acordo de colaboração premiada.

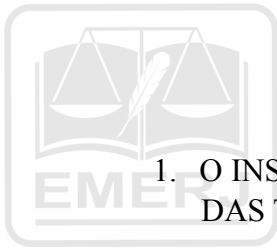
Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a importância de a prova ser produzida obedecendo os preceitos constitucionais e infraconstitucionais a fim de que o instituto seja utilizado de forma que haja uma perfeita consonância entre os princípios constitucionais e legislação infraconstitucional.

Segue-se, ponderando, no segundo capítulo que o mero apontamento do cometimento de crime por parte de terceiro e de si próprio não bastam para a chancela da colaboração premiada e possível recebimento da denúncia, visto que deve ser necessário o contraditório para que o indício de prova se torne prova no sentido cheio. Assim, o Ministério Público como *custus legis* deverá estar atento para que trabalhe de forma que a sua atuação não se torne uma ferramenta de perseguição de objetivos inquisitoriais.

O terceiro capítulo defende que o Ministério Público ou o delegado de polícia deverão verificar a robustez da prova produzida caso contrário poderá a denúncia ser rejeitada pelo Poder Judiciário por falta de justa causa. Dessa maneira, busca-se na pesquisa demonstrar que para que haja a correta utilização deste meio de prova é necessária à sua correta correlação entre o depoimento do delator e a corroboração das provas deste depoimento, pois somente assim o instituto será eficaz.

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 da pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, assim foram utilizadas pesquisa bibliográficas, e via internet, além de algumas análises jurisprudenciais para a análise da sua tese.



## 1. O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA E OS LIMITES PROCESSUAIS DAS TRATATIVAS

A Lei nº 12.850/13 chamada Lei das Organizações criminosas trouxe a previsão da forma e do conteúdo da chamada colaboração premiada. O instituto da colaboração premiada já foi objeto em outras legislações, entretanto foi na Lei nº 12.850/13 que trouxe um maior detalhamento de sua forma e conteúdo para a sua aplicação e regras concernentes a ela.

O instituto da colaboração premiada é um meio de obtenção de prova que se vale o Ministério Público ou o Delegado de Polícia para a obtenção de elemento probante para ensejar na condenação dos envolvidos nos crimes expostos pelo delator ou delatores. Tal instituto vem demonstrando grande eficácia no combate de crimes, principalmente nos cometidos pelas organizações criminosas, pois estes são mais difíceis de serem elucidados em razão da sua destreza e complexidade das organizações.

Dessarte, a Lei trouxe maior segurança jurídica aos operadores do direito no seu manejo, pois houve uma significativa melhora na técnica legislativa na elaboração da lei. Marcio Lima<sup>1</sup> conceitua a colaboração premiada da seguinte maneira:

definida como toda e qualquer espécie de colaboração com o Estado, no exercício da atividade de persecução penal, prestada por autor, coautor ou partícipe de um ou mais ilícitos penais, relativamente ao(s) próprio(s) crime(s) de que tenha tomado parte ou pertinente a outros(s) realizado(s) por terceiros, não necessariamente cometidos em concurso de pessoas, objetivando, em troca, benefícios penais estabelecidos em lei.

A Lei nº 12.850/13<sup>2</sup> no seu artigo 4º §16 sedimenta que nenhuma sentença condenatória poderá ser proferida apenas com fundamento nas declarações do agente colaborador, pois a potencialidade da veracidade das declarações do delator deverá ser confrontada com outros elementos de provas trazidos aos autos. Assim, entende-se que a colaboração do delator é um meio de obtenção de prova e não um meio de prova propriamente dito.

Explique-se que os meios de prova são aptos a servir diretamente ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática. Diferentemente, os meios de

---

<sup>1</sup> LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio á atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Juspodvm, 2010, p.20.

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12.850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12.850.htm). Acesso em: 06 out.2019.



obtenção de prova, como é o caso da colaboração premiada, são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos ao convencimento do magistrado.

Desta forma, verifica-se que somente a palavra do delator não possui força probante para uma sentença condenatória, o que demonstra que a Lei nº 12.850 estabelece limites para a força probatória das alegações em sede de negociação da colaboração. Assim, há uma limitação no livre convencimento do juiz, ou seja, diz que somente a palavra do delator não atinge o *standart probatório* necessário para o ajuizamento da ação e futura condenação dos delatados.

O Ministério Público na Constituição Federal de 1988 foi alçado como único titular da ação penal pública, demonstrando que o sistema acusatório foi privilegiado pelo constituinte em razão desta prerrogativa ter sido fundamentada constitucionalmente. Consequentemente, extrai-se que o juiz não participa da acusação, afirmando o sistema acusatório da Carta Magna. O sistema acusatório decorre de dois princípios de suma importância: a imparcialidade do juiz e o contraditório. Todos os outros princípios que dizem respeito ao sistema acusatório decorrem destes dois. Assim, a atividade jurisdicional cinge-se apenas a instrução criminal, caso contrário a atuação jurisdicional estará viciada e seus atos serão passíveis de nulidade.

No âmbito das negociações do acordo de colaboração premiada não há participação do juiz, no qual somente o Ministério Público ou o Delegado de Polícia participam das tratativas com o possível colaborador. É importante ressaltar que nas tratativas deverá sempre se ter como um dos principais objetivos o interesse público como norte, pois este é a bússola de um legítimo Estado Democrático de Direito.

O professor Afrânio Jardim<sup>3</sup> ensina sobre a condição de negócio jurídico da colaboração premiada:

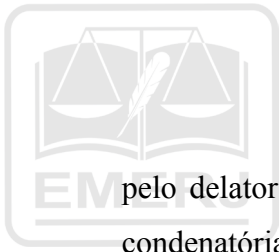
é imperioso reconhecer que o acordo de cooperação premiada é um negócio processual e, por conseguinte, regido pelas regras e princípios de Direito Público. Como é de todos sabido, as regras e princípios do Direito Penal e do Direito Processual Penal são cogentes e ficam fora do poder dispositivo das partes que atuam no processo penal. Como se costuma dizer, em termos de Direito Privado, pode-se fazer tudo o que não seja proibido, enquanto sob a égide do Direito Público, só se fazer o que seja expressamente permitido

É importante destacar que o Ministério Público após o conhecimento de uma possível colaboração deverá em sua análise verificar o potencial probatório das afirmações realizadas

---

<sup>3</sup> JARDIM, Afrânio Silva; MAIOR, Pierre Souto. *Direito processual penal: estudos, pareceres e crônicas*. 15 ed. Salvador: Juspodvm, 2018, p 753.





pelo delator, pois como cediço somente a palavra do delator não poderá basear a sentença condenatória em razão de se tratar de um criminoso-traidor que busca recompensas em razão da sua delação. Assim, é importante salientar que o acordo deverá se pautar pelo princípio da boa-fé e lealdade entre as partes, pois a partir do oferecimento do acordo estes deveres deverão ser seguidos por todas as partes negociantes, ou seja, pelo delator, Ministério Público ou delegado de polícia.

O que se deve privilegiar é o entendimento de que a função precípua do acordo de colaboração premiada é a busca por elementos de provas baseados no depoimento do colaborador, caso contrário a mera alegação de fatos pelo delator sem acervo probatório não poderá ser objeto da celebração do acordo de uma colaboração premiada e futuramente de uma possível ação penal.

Com isto, deverá existir cautela por parte do Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia nas tratativas de uma possível delação, pois o delator é um criminoso confesso disposto a ludibriar os órgãos de investigação em troca do prêmio ofertado.

Assim sendo, deverá haver transação com o delator apenas se houver eficácia na delação realizada, ou seja, sua delação ofereça resultados práticos ao processo que possam ensejar na prova de prática de crimes pela organização criminosa. Deve o delator passar informações e dados concretos que levam aos órgãos uma efetiva forma de obter provas para o oferecimento da denúncia, no qual essa exige a justa causa para o seu recebimento. A justa causa segundo Renato Brasileiro Lima<sup>4</sup> é:

suporte probatório mínimo (*probale cause*) que deve lastrear toda e qualquer acusação penal. Tendo em vista que a simples instauração de um processo penal já atinge o chamado status *dignitatis* do imputado, não se pode admitir a instauração de processos levianos, temerários, desprovidos de um lastro mínimo de elementos de informação, provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis, que dê arrimo á acusação.

Assim, o órgão Ministerial ou o delegado de polícia deverão ter bastante cautela na elaboração do acordo de delação, pois havendo um mínimo de contradição no depoimento este deverá ser recusado. Por isto, deverão atuar de forma que se procure na narrativa amplo lastro probatório, pois a delação é funcionalista, ou seja, é um instituto pragmático que deverá alcançar resultados concretos para a revelação dos crimes e não servir de instrumento de perseguições. Com isto o delator deverá colaborar efetivamente com a investigação criminal,

---

<sup>4</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*: Volume Único. São Paulo: Juspodvm, 2016, p. 208.

ou seja, com elementos probatórios para o oferecimento da denúncia, pois caso contrário não fará jus aos benefícios legais ofertados a título de troca pela delação realizada.

## 2. A IMPORTÂNCIA DA CORROBORAÇÃO DA PROVA NA COLABORAÇÃO PREMIADA

Inicia-se este capítulo com o objetivo de demonstrar que o apontamento do cometimento de crime em tratativa de colaboração premiada não basta para que o acordo seja homologado. Tal fato se dá, pois como irá se demonstrar, é necessário mesmo que em fase de tratativas, a demonstração de provas que corroborem as afirmativas do colaborador para que o relato se torne prova no seu sentido pleno. Por conseguinte, o Ministério Público ou o delegado de polícia deverão estar atentos para que a colaboração premiada não se torne ineficaz.

A delação premiada do ponto de vista da valoração probatória sempre foi objeto de debates por se tratar de uma barganha do Estado-juiz com um criminoso, além de poder gerar imensas injustiças, pois de um lado o acusado poderá apenas desejar chantagear algum comparsa ou escapar ileso da prática de crime com o aval estatal.

Por isto, a Lei nº 12.850<sup>5</sup> atenta a isto, diz no §16, inciso III do artigo 4º que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador. Assim, segundo Badaró<sup>6</sup>: “adotou-se um regime de prova legal negativa, em que se determina que somente que a delação premiada é insuficiente para a condenação do delatado”.

Dessa maneira, verifica-se que é necessária a corroboração do alegado com provas demonstradas pelo acusado, o que a doutrina chama de regra de corroboração, isto é, deverá o colaborador trazer elementos de informação e de provas capazes de confirmar as suas declarações. Não trazendo tais elementos a sua colaboração não será objeto de chancela pelo Poder Judiciário, o que consequentemente invalidará o acordo. Entretanto, é importante destacar que caso ocorra a invalidação do acordo as provas obtidas a partir dele poderão não ser anuladas, isto porque a colaboração premiada, por si só, é apenas o instrumento por meio do qual o colaborador se obriga a fornecer os elementos de prova.

---

<sup>5</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>6</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 110.



Observa-se isto no seguinte julgado<sup>7</sup>:

[...] eventuais ilegalidades em acordos de colaboração premiada não geram automaticamente a ilicitude das provas obtidas a partir dele. Isso porque o acordo, por si só, é apenas o instrumento por meio do qual o colaborador se obriga a fornecer os elementos de prova. Deste modo, apenas vícios de vontade do colaborador podem, em tese, gerar invalidade das provas produzidas. No caso sob exame, o acordo foi devidamente homologado pela autoridade competente (Presidente do Supremo Tribunal Federal), afastando, de plano e formalmente, qualquer ilegalidade ou vício de vontade.

É importante que se verifique que o objeto da confirmação exigido pela lei não é apenas o que o delator narra em toda sua complexidade e sim deverão ser os fatos os quais ligam a narração com o fim pretendido, carreado sempre com provas concretas. Assim ensina Badaró<sup>8</sup>:

[...] Logo, é perfeitamente possível que parte do conteúdo da delação (p. ex.: um determinado crime) encontre corroboração em outras provas, e parte não seja confirmada. Também é possível que haja prova concordante quanto a um dos delatados, e em relação a outro não. Em relação ao crime ou pessoa que não há corroboração, não será possível a condenação, pela limitação ao livre convencimento estabelecido no § 16 do art. 4º. Por outro lado, na parte em que houver harmonia com outros elementos, será possível a condenação, embora o juiz possa valorar o não encontro de outras provas na parte em que não houve confirmação, sob o ponto de vista da credibilidade (ou ausência de) do delator.

Verifica-se que não basta a mera afirmação de fatos desconexos no acordo de colaboração e apontamento de terceiros, e sim deverá haver uma narrativa que possua um objetivo final, qual seja, a elucidação de crimes para o desmantelamento da organização criminosa. Assim sendo, se o acusado no seu interrogatório admitir a prática de crime e ainda mais acusar outro corresponsável pelo mesmo crime assim se terá a delação. Pois, por exemplo, caso o acusado negue a autoria e apenas aponte outro acusado não se tem delação e sim somente um testemunho. É importante evidenciar que em se tratando das consequências do ato de incriminar um comparsa esta acusação terá mais força do que um mero testemunho, pois aos olhos do magistrado é mais crível esta acusação.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR Inq 0002687-65.2017.1.00.0000 df- distrito 0002687-65.2017.1.00.0000*. Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768143647/agreg-no-inquerito-agr-inq-4405-df-distrito-federal-0002687-6520171000000?ref=serp>. Acesso em: 26 fev. 2020.

<sup>8</sup> BADARÓ, op. cit., p. 115.

Preleciona Nucci<sup>9</sup> que:

assim, havendo nas declarações de corréu, referência á conduta de coautor, para existir a possibilidade de o juiz utilizar tais dados contra quem foi incriminado, é essencial seja permitido ás partes participar da colheita da prova. Aliás, com maior razão atualmente, vez que prevista a hipótese da *delação premiada* em várias normas.

É importante no interrogatório que caso ocorra a incriminação por parte do interrogando a outro coautor, deverá o juiz questionar acerca de tais acusações para esclarecimentos. Pois, caso contrário, a prova terá caráter inquisitiva ferindo preceitos constitucionais como os princípios do contraditório e da ampla defesa constitucionalmente positivados. Assim, o procedimento correto será o juiz dar vista as partes nominadas em interrogatório para que se manifestem, exercendo o seu direito ao contraditório e ampla defesa.

O magistrado deverá possuir olhos e ouvidos atentos para que se chegue a verdade real, visto que o processo penal não prescinde da verdade real, esta é a busca pela verdade possível diante das reconstruções fáticas dentro do processo dialético processual penal. Ensina Afrânio Jardim<sup>10</sup> que:

a evolução dialética do processo romano individualista para o sistema acusatório público muito se deveu, no processo penal, á noção de que ao Estado também interessa conhecer a verdade dos fatos, para bem poder prestar a sua jurisdição, função pública por natureza. Tal interesse se faz alcançar também através da atividade probatória das partes, mas está acima do estímulo destas, devendo ser perquirido pelo Juiz até mesmo diante da inércia ou contra a vontade dos demais sujeitos processuais

Assim, também preleciona Espinola Filho,<sup>11</sup> “[...] É obvio, a conjugação das declarações dos vários corréus poderá contribuir, grandemente, para que o juiz confrontando-as com todo cuidado, forme a sua convicção sobre a realidade das ocorrências”.

Não é tarefa fácil a do magistrado verificar se o relato do delator encontra respaldo com a realidade, pois o acusado apenas deseja se defender de uma maneira mais qualificada, assim deverá estar atento o juiz para verificar se apenas se trata de uma estratégia de defesa para ludibriá-lo ou de fato está colaborando para a elucidação do crime.

---

<sup>9</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 561.

<sup>10</sup> JARDIM; MAIOR, op. cit., p. 338.

<sup>11</sup> ESPINOLA, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. V. III. Rio de Janeiro: Bookseller. 2019, p. 40.



A importante lição do mestre Nucci<sup>12</sup> diz que:

[...] críticas a delação premiada existem e baseiam-se nos argumentos de que a promessa de impunidade ou de redução da pena é contrato antiético entre o Estado e o criminoso, além de incentivar um ato moralmente reprovável, o dedurismo. Pode gerar, ainda, erros judiciários, pois seria possível haver delações falsas, somente para receber a “recompensa” prometida pela lei. Por outro lado, a defesa dessa ideia está profundamente associado ao fato de que a polícia, no mundo todo, está-se tornando cada vez mais impotente para enfrentar o crime organizado, quase sempre mais poderoso e bem aparelhado. Seria um mal menor incentivar a alcaguetagem para salvar sequestrados e dismantelar associações criminosas, protegendo a ordem social.

Com isto, verifica-se que o caminho da colaboração premiada em muito ajuda a elucidação de crimes que antes se encontravam escuros, pois praticados com alto grau de experiência dificultando as investigações por parte das autoridades. Entretanto, deverá se ter bastante cautela nas tratativas do acordo de colaboração premiada, visto que se disponibiliza grandes esforços dos agentes públicos para que o colaborador possa ser o mais colaborativo possível e para que a sua tentativa de homologação de acordo não tenha interesses diversos diferentes do que o da descoberta da prática de crimes, pois ao Estado deverá ser ter como objetivo a busca da realização da justiça não interessando a absolvição de um culpado, bem como também a condenação de um inocente.

### 3. DA VERIFICAÇÃO DA ROBUSTEZ DA PROVA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DELEGADO DE POLÍCIA

É importante manifestar que o sistema processual penal, como forma de tutela da liberdade, deverá ser interpretado de acordo com a perspectiva que lhe seja própria, decorrente da constatação de que ao Estado também não interessa a condenação de um possível inocente, sendo mesmo preferível o risco de absolvição de um culpado.

Consequentemente, o instituto da colaboração premiada deverá servir de instrumento na busca de elucidação de crimes difíceis e que apenas com a efetiva colaboração do colaborador o crime poderá ser elucidado de uma melhor forma. Tal premissa se dá, pois o instituto não poderá ser utilizado como forma de perseguição particular e/ou estatal contra determinada pessoa ou um grupo de pessoas, em razão de que a simples instauração do processo penal atinge o chamado *status dignitatis* do acusado.

---

<sup>12</sup> NUCCI, op. cit., p. 565.



Assim, deve o Poder Judiciário inadmitir qualquer ação penal que não venha lastreada sem um suporte probatório mínimo exigido pelo Código de Processo Penal. Por consequência, o órgão que participe do acordo de colaboração, Ministério Público ou delegado de polícia, deverão trabalhar para que as provas apresentadas pelo possível colaborador não sejam apenas na forma de depoimento, ou seja baseada apenas nas suas palavras visto que a veracidade poderá ser duvidosa. Deste modo, deverão estar corroboradas com outros elementos de provas, isto é, o colaborador deverá trazer elementos de informação e de provas capazes de confirmar as suas declarações.

Deve se distinguir que o colaborador possui obrigação de colaborar quando se dispõe a celebrar do acordo, ou seja, não poderá mentir ou omitir fatos relevantes que tenha conhecimento que possuem valor probatório para a investigação. Entretanto, também não poderá ter seu acordo “quebrado” caso não cumpra deveres alheios a colaboração premiada.

Assim, em se tratando de um negócio jurídico, a colaboração premiada possui limites técnicos e jurídicos para a sua celebração.

O legislador atento a isto diz no artigo 4º, §16 da Lei nº 12.854/2013<sup>13</sup> que não haverá sentença condenatória, medidas cautelares e recebimento da denúncia ou queixa crime baseadas apenas nas declarações do colaborador. Diz o §16 do artigo 4º que:

§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I - medidas cautelares reais ou pessoais; II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; III - sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

O que deverá ocorrer então é que o colaborador deverá contribuir efetivamente com a investigação criminal, sob pena de não se beneficiar com os benefícios legais estipulados. O colaborador para que o seu acordo seja aceito deverá estar atento para que em suas afirmações possam provar por outros meios o que afirma, pois apenas as suas declarações não serão suficientes para a celebração do acordo e o possível início da ação penal.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 127.483/PR, sob relatoria do ministro Dias Toffoli<sup>14</sup>, firmou entendimento no sentido de que:

no mérito, o Plenário considerou que a colaboração premiada seria meio de obtenção de prova, destinado à aquisição de elementos dotados de capacidade probatória. Não constituiria meio de prova propriamente dito. Outrossim, o acordo de colaboração não se confundiria com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Estes

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127483*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo796.htm#Cabimento de HC em face de decisão de Ministro do STF e colaboração premiada – 1](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo796.htm#Cabimento%20de%20HC%20em%20face%20de%20decis%C3%A3o%20de%20Ministro%20do%20STF%20e%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20-%201%3E)>. Acesso em: 11 mai. 2020.



seriam, efetivamente, meio de prova, que somente se mostraria hábil à formação do convencimento judicial se viesse a ser corroborado por outros meios idôneos de prova.

Como explicado, no voto do Ministro Dias Toffoli, a autoridade responsável pela celebração do acordo de colaboração premiada, seja o Ministério Público ou o delegado de polícia, deverá verificar a robustez do depoimento com as provas apresentadas, pois trata-se de meio de obtenção de prova e negócio jurídico, isto significa dizer que caso o acordo seja celebrado o Estado deverá cumprir o prêmio oferecido ao colaborador, mesmo que as provas apresentadas não apresentem nenhuma utilidade para o desmantelamento da organização criminosa.

Com extrema maestria em seu voto, a decisão do Ministro Celso de Mello, de 22/09/2015, nos autos da Pet. 5700-DF<sup>15</sup>, ensina que:

[...] na realidade, o regime de colaboração premiada, definido pela Lei nº 12.850/2013, estabelece mecanismos destinados a obstar abusos que possam ser cometidos por intermédio da ilícita utilização desse instituto, tanto que, além da expressa vedação já referida (“lex. cit.”, art. 4º, § 16), o diploma legislativo em questão também pune como crime, com pena de 1 a 4 anos de prisão e multa, a conduta de quem imputa “falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente” ou daquele que revela “informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas” (art. 19).

Por fim, é importante que tenha-se o devido cuidado com o manuseio deste importante instituto que foi incorporado ao sistema processual brasileiro para aprimorar as investigações criminais, para que não se desvie a sua finalidade e comece a ser desvirtuado do seu objetivo único e principal que é o desvelamento de crimes complexos a partir de informações prestadas pelo colaborador, que possui conhecimentos e elementos probatórios que podem acarretar na elucidação dos crimes cometidos pelos demais agentes criminosos.

Os principais responsáveis, além do Poder Judiciário, são os órgãos que celebram os acordos, pois são estes que dão início as tratativas e verificam a plausibilidade da instauração de um procedimento investigativo. Haverá sempre réus dispostos a colaborar, pois é da natureza humana o instinto de sobrevivência, entretanto é importante que se verifique a robustez das provas apresentadas para a produção dos efeitos jurídicos em favor do colaborador e, principalmente para a solidificação do Estado Democrático de Direito por meio da redução de crimes.

---

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PET 5.700-DF*. Relator: Ministro Celso De Mello. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/156123032/stf-08-08-2017-pg-231>> Acesso em: 11 mai. 2020.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho verificou como problemática o instituto da colaboração premiada, tendo como base a Lei nº 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado), alertando para que a colaboração premiada seja utilizada como importante instrumento de desmantelamento de organizações criminosas complexas, entretanto respeitando os preceitos constitucionais para que o depoimento do colaborador não seja utilizado como mecanismo de perseguições ou infrações a lei, o que acarretaria em anulações dos acordos celebrados.

Por conseguinte, identificou a presente pesquisa que a colaboração premiada possui natureza jurídica de meio de obtenção de prova, o que significa dizer que somente a palavra do delator não servirá como força probante para ensejar uma condenação e sim deverá estar lastreada em outras provas, estas sim sendo meios de provas que possam ser utilizados pelo Poder Judiciário em uma possível condenação.

A lei possui como vantagem ser instrumento hábil e eficaz ao desmantelamento da criminalidade organizada, que por ser complexa muitas vezes o seu funcionamento fica obscuro aos investigadores o que dificulta o seu descortinamento e a possível condenação dos associados. Assim sendo, a lei utiliza da colaboração de um participante da organização para obter informações e utilizar no procedimento investigatório para o futuro ajuizamento da ação penal.

De outro lado, verificou-se que é importante a corroboração das provas apresentadas pelo delator, visto que muitas vezes o delator utiliza do mecanismo da lei apenas para negar sua autoria e indicar outro autor, o que muitas vezes não é verossímil. Assim, a autoridade responsável pela celebração do acordo deverá seguir os parâmetros estabelecidos pela lei 12.850/2013.

Destarte, baseada nas reflexões que a presente pesquisa realizou concluiu-se que o delator deverá apresentar provas robustas das suas declarações, pois caso contrário o acordo de colaboração premiada não deverá ser celebrado. Tal fato se dá, pois o instituto adotou como entendimento o regime de prova legal negativa, em que se determina que somente que a delação premiada é insuficiente para a condenação do delatado.

O que ocorre na prática é que se deve tomar o máximo cuidado para que esse valoroso instrumento não se torne forma de perseguições pessoais e se desvie da sua função que é a elucidação de crimes cometidos pela organização criminosa.

O entendimento de que se chegou é que a Lei nº 12.850/2013 é um excelente instrumento Estatal para condenação de organizações que antes se encontravam impunes em





razão da dificuldade da elucidação dos crimes cometidos por estas organizações criminosas. Entretanto, sempre se deverá tomar o depoimento do colaborador como um meio de obtenção de outras provas que ajudarão na convicção dos órgãos estatais da existência ou não de crimes.

Portanto, o trabalho conclui que sem o instrumento da colaboração premiada, muitos crimes continuariam impunes o que não é saudável em uma sociedade que possui como objetivo a paz social.

À vista disso, é de máxima importância que o delegado de polícia e o Ministério Público possam cada vez mais utilizar do depoimento de colaboradores para agir de forma eficiente e com vários elementos de prova extraídos a partir do acordo de colaboração premiada para o possível oferecimento da denúncia com lastro probatório grande para a condenação dos associados na organização criminosa.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127483*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em <[http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo796.htm#Cabimento de HC em face de decisão de Ministro do STF e colaboração premiada – 1](http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo796.htm#Cabimento%20de%20HC%20em%20face%20de%20decis%C3%A3o%20de%20Ministro%20do%20STF%20e%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20-%201)>. Acesso em: 11 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *PET nº 5700 DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/156123032/stf-08-08-2017-pg-231>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *AgR Inq 0002687-65.2017.1.00.0000 DF - DISTRITO FEDERAL 0002687-65.2017.1.00.0000*. Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768143647/agreg-no-inquerito-agr-inq-4405-df-distrto-federal-0002687-6520171000000?ref=serp>.> Acesso em: 26 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. 39 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 07 mai. 2020.



ESPINOLA, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. V III. Rio de Janeiro: Bookseller, 2019.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. (Título original: “Der kampf um’s recht”). Tradução de Pietro Nassetti). 2. ed. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2000.

LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio á atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FICHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Juspodvm, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal: Volume Único*. São Paulo: Juspodvm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

JARDIM, Afrânio Silva; MAIOR, Pierre Souto. *Direito processual penal: estudos, pareceres e crônicas*. 15 ed. Salvador: Juspodvm, 2018.



## TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDOS PELO DECRETO-LEI Nº 911/69

João Zacharias de Sá

Graduado pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-Rio. Advogado.

**Resumo** – os contratos de alienação fiduciária em garantia regidos pelo Decreto-lei nº 911/69 são utilizados em larga escala na atualidade, servindo como relevante mecanismo de financiamento por oferecerem um procedimento célere e eficaz para a satisfação da dívida. Por outro lado, a teoria do adimplemento substancial, destinada a impedir a resolução do contrato quando o devedor cumpriu substancialmente a obrigação, vem ganhando cada vez mais destaque na doutrina e na jurisprudência como forma de preservação do negócio jurídico, em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva, norteadora das relações contratuais. A essência do trabalho é buscar estabelecer uma convivência harmônica entre a disciplina legal da alienação fiduciária e a teoria do adimplemento substancial, de modo que esta não seja afastada em abstrato, devendo ser examinados os requisitos para a sua aplicação diante das peculiaridades do caso concreto.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Contrato de alienação fiduciária em garantia regido pelo Decreto-Lei nº 911/69. Teoria do adimplemento substancial. Julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.622.555/MG.

**Sumário** – Introdução. 1. Adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia regido pelo Decreto-Lei nº 911/69. 2. Julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial nº 1.622.555/MG. 3. Análise crítica à luz do princípio da boa-fé objetiva. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma reflexão sobre o julgamento proferido no recurso especial nº 1.622.555/MG, em que a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, decidiu que a teoria do adimplemento substancial não seria aplicável aos contratos de alienação fiduciária em garantia regidos pelo Decreto-Lei nº 911/69. Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que tais contratos possuem regramento próprio, devendo prevalecer o disposto na legislação especial em detrimento dos princípios gerais do direito civil. Com base na lei de regência, mais especificamente no art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/69, decidiu-se que somente o pagamento integral do débito pelo devedor fiduciante teria o condão de impedir

a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, sendo desinfluyente a quitação de quase a totalidade da dívida.

Em linhas gerais, objetiva-se propor uma nova reflexão sobre a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária, em sentido diverso daquele adotado, por maioria, pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça. O estudo visa enrijecer os fundamentos do consistente voto vencido proferido pelo Ministro Relator Marco Buzzi, acompanhado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, com o objetivo de ampliar as opiniões favoráveis à incidência, embora excepcional, dessa relevante teoria aos contratos de alienação fiduciária em garantia, largamente utilizados na atualidade.

Se, por um lado, é certo que a legislação especial exige o pagamento integral do débito para a restituição do bem dado em garantia, conforme dispõe o art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/69, por outro lado não se pode negar, de antemão, a incidência da teoria do adimplemento substancial, dada a sua relevância como princípio geral do direito civil. Embora não prevista expressamente em lei, trata-se de corolário do princípio da boa-fé objetiva consagrado no art. 422 do Código Civil, sob o aspecto da preservação dos negócios jurídicos, daí porque deveria incidir sobre toda espécie contratual, tanto em sua conclusão como em sua execução. Diante deste aparente conflito de normas, o presente estudo busca uma reavaliação da solução proposta pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para alcançar tal desiderato, inicia-se este artigo com a apresentação da controvérsia acerca da possibilidade de aplicar a da teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária em garantia regidos pelo Decreto-Lei nº 911/69. Discute-se a possibilidade de estabelecer uma convivência harmônica entre a regra prevista no art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/69 e a teoria do adimplemento substancial, consagrada pelo ordenamento jurídico como corolário do princípio da boa-fé objetiva previsto no art. 422 do Código Civil.

No segundo capítulo é apresentada a solução encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial nº 1.622.555/MG, a partir de uma exposição crítica dos principais fundamentos invocados no voto vencido e nos votos vencedores proferidos. Busca-se conferir uma resposta aos argumentos invocados para negar a aplicação da teoria do adimplemento substancial, com a provocação de um debate considerado relevante para a reflexão pretendida.

O terceiro e último capítulo propõe a modificação do entendimento atualmente dominante no Superior Tribunal de Justiça à luz da prevalência do princípio da boa-fé objetiva previsto no art. 422 do Código Civil. São acrescidos fundamentos aos substanciosos votos



vencidos, com o objetivo de fomentar a discussão e produzir substrato para uma eventual reavaliação do tema, dada a sua relevância atual nos campos jurídico, econômico e social.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, mediante a designação de um conjunto de proposições hipotéticas. Desta forma, pretende-se comprovar ou rejeitar tais proposições, de forma argumentativa, no intuito de corroborar as soluções propostas ao longo do estudo.

## 1. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDOS PELO DECRETO-LEI N° 911/69

O contrato de alienação fiduciária em garantia foi criado com o objetivo de conferir ao credor um instrumento eficaz e seguro de satisfação de seu crédito em caso de inadimplência. De acordo com tal modalidade contratual, o credor fiduciário adquire a propriedade resolúvel do bem dado em garantia, ficando o devedor na posse direta do bem.

Com a quitação da integralidade da dívida, a propriedade do credor se resolve e consolida-se em nome do devedor. Por outro lado, em caso de inadimplência, poderá o credor se valer do procedimento legalmente previsto para consolidar a propriedade em seu nome, proceder à alienação do bem e pagar a dívida com o produto da alienação, transferindo ao devedor eventual saldo remanescente.

No que se refere à legislação de regência, os principais diplomas legais aplicáveis são: (i) os arts. 1.361 ao 1.368-B do Código Civil<sup>1</sup>, os quais disciplinam a alienação fiduciária de bens móveis infungíveis quando o credor fiduciário não for instituição financeira; (ii) o Decreto-Lei n° 911/69<sup>2</sup>, que disciplina a alienação fiduciária de bens móveis fungíveis e infungíveis quando o credor fiduciário for instituição financeira; e (iii) a Lei n° 9.514/97<sup>3</sup>, que regula a alienação fiduciária de bens imóveis; conforme ensina o Professor Flávio Tartuce<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei n° 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>2</sup> BRASIL. *Decreto-Lei n° 911*, de 1° de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei n° 9.514*, de 20 de novembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>4</sup> “A alienação fiduciária em garantia constitui um direito real de garantia sobre coisa própria com tratamento no Código Civil/2002 (arts. 1.361 a 1.368-B, que dispõem sobre a propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis, em termos gerais), no Decreto-lei 911/1969 (que trata especificamente da alienação fiduciária em garantia sobre bens móveis) e na Lei 9.514/1997 (alienação fiduciária em garantia sobre bens imóveis). A compreensão do instituto passa por uma interação necessária entre os citados comandos legais, a par da ideia de *diálogo das fontes*.” (TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 8 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, pp. 1.278)



Em todos os diplomas legislativos há um ponto em comum, qual seja, a exigência de que o devedor fiduciante pague a integralidade da dívida, sob pena de consolidar-se a propriedade em nome do credor fiduciário, com a consequente alienação do bem dado em garantia para a quitação do saldo devedor, conforme se verifica do art. 1.364 do Código Civil<sup>5</sup>, do art. 3º, § 2º do Decreto-Lei nº 911/69<sup>6</sup> e do art. 26 da Lei nº 9.514/97<sup>7</sup>. Ou seja, em todas as hipóteses legais, se o devedor fiduciante se tornar inadimplente e for constituído em mora, poderá o credor fiduciário consolidar a propriedade do bem em seu nome, distinguindo-se os diplomas normativos somente no que tange aos procedimentos previstos para a consolidação da propriedade e para a alienação do bem dado em garantia.

A primeira conclusão a que se chega, portanto, é que a exigência de pagamento integral não é uma prerrogativa exclusiva do credor fiduciário regido pelo Decreto-Lei nº 911/69<sup>8</sup>, mas sim de todos os credores fiduciários. Daí porque a solução encontrada para uma modalidade de alienação fiduciária deve, necessariamente, ser aplicada às outras, sob pena de afronta à isonomia e à segurança jurídica.

A pergunta que se faz, portanto, é se seria possível aplicar a teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária em garantia, diante da aparente incompatibilidade com a exigência de pagamento integral da dívida. Embora não prevista expressamente em lei, a teoria do adimplemento substancial é amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência nacional, sendo compreendida como corolário do princípio da boa-fé objetiva previsto no art. 422 do Código Civil<sup>9</sup>, sob a perspectiva da preservação dos negócios jurídicos. Aliás, o aproveitamento dos contratos, tanto quanto seja possível, constitui relevante norteador dos negócios jurídicos, consoante determina o art. 184 do Código Civil<sup>10</sup>.

Em acórdão elucidativo sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça, embora negando a incidência da teoria do adimplemento substancial no caso concreto submetido a julgamento, fixou como requisitos para a sua aplicação (i) existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; (ii) o pagamento faltante há de ser ínfimo se considerado o total do negócio; e (iii) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>6</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

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

<sup>8</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.581.505/SC*. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1531880&num\\_registro=201502887137&data=20160928&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1531880&num_registro=201502887137&data=20160928&formato=PDF)>. Acesso em: 13 mai. 2020.



A aplicação desta teoria tem como consequência afastar a possibilidade de resolução do contrato nos casos em que este já se encontre substancialmente cumprido, devendo o credor buscar a satisfação do seu crédito pelas vias ordinárias cabíveis. Não há consenso, tampouco critérios objetivos, para definir a extensão do conceito de “adimplemento substancial”, devendo ser observadas as particularidades do caso concreto.

Nesse sentido, a teoria do adimplemento substancial representa uma limitação ao disposto no art. 475 do Código Civil<sup>12</sup>, segundo o qual a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento. O inadimplemento como pressuposto para a resolução do contrato pode, inclusive, referir-se à simples mora do devedor, desde que a prestação se torne inútil ao credor, conforme dispõe o art. 395, § único, do Código Civil<sup>13</sup>.

Caso o devedor seja capaz de demonstrar o preenchimento dos requisitos autorizadores para a aplicação desta teoria, a faculdade conferida ao credor de resolver o contrato pelo art. 475 do Código Civil<sup>14</sup> é afastada em nome da preservação do negócio jurídico, conforme se extrai do enunciado nº 361 da IV Jornada de Direito Civil<sup>15</sup>. Trata-se de decorrência natural do princípio da boa-fé objetiva, porquanto não se pode frustrar a avença em razão de inadimplência inexpressiva se comparada à totalidade das prestações já quitadas. Não se pretende, com isso, incentivar o descumprimento das últimas prestações, cuja cobrança poderá ser feita pelas vias próprias, mas sim prestigiar o aproveitamento do contrato já cumprido em sua quase inteireza.

Contraopondo-se a teoria do adimplemento substancial com o contrato de alienação fiduciária em garantia, não parece adequado negar a sua aplicação sob o fundamento de que a legislação de regência exige o pagamento integral da dívida. Ora, a bem da verdade, o adimplemento integral da obrigação constitui regra geral de todos os contratos, conforme se verifica do art. 389 do Código Civil<sup>16</sup>, e nem por isso constitui óbice à aplicação da teoria quando preenchidos os seus requisitos autorizadores, com a consequente mitigação da resolução do contrato prevista no art. 475 do Código Civil<sup>17</sup>.

Ora, se a teoria do adimplemento substancial é amplamente aceita para impedir a resolução do contrato quando preenchidos os seus requisitos autorizadores, ainda que o

---

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

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”. (BRASIL. Enunciado nº 361 da IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>>. Acesso em: 13 mai. 2020).

<sup>16</sup> BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

<sup>17</sup> *Ibid.*



adimplemento integral seja exigido como norma geral de todos os contratos, carece de sentido lógico negar a aplicação da referida teoria exclusivamente aos contratos de alienação fiduciária sob a alegação de que a exigência de pagamento integral seria uma particularidade da lei especial. Em outras palavras, é perfeitamente possível estabelecer uma convivência harmônica entre a regra do art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/69<sup>18</sup> (e do art. 1.364 do Código Civil e art. 26 da Lei nº 9.514/97, aplicáveis às demais espécies de alienação fiduciária) e a teoria do adimplemento substancial, tal como esta convive harmonicamente com a regra geral de possibilidade de resolução do contrato em caso de inadimplemento (art. 475 do Código Civil).

## 2. JULGAMENTO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.622.555/MG

Em apertada síntese, o caso submetido a julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.622.555/MG<sup>19</sup> se origina de ação de busca e apreensão ajuizada por Banco Volkswagen S.A. em face de Gilvanil da Silva Monteiro, a fim de retomar o veículo objeto de contrato de alienação fiduciária em garantia regida pelo Decreto-Lei nº 911/69<sup>20</sup>. Por meio deste contrato, o banco concedeu ao réu um crédito de R\$ 14.739,17 (quatorze mil, setecentos e trinta e nove reais e dezessete centavos), para pagamento em 48 parcelas, no valor nominal de R\$ 439,86 (quatrocentos e trinta e nove reais e trinta e seis centavos), ocorrendo o vencimento da primeira em 10/10/2010 e o da última em 10/09/2014.

Do total das 48 parcelas restaram inadimplidas as 4 últimas, perfazendo uma dívida de R\$ 2.052,36 (dois mil e cinquenta e dois reais e trinta e seis centavos), o que equivale ao cumprimento de 91,66% do contrato. Por essa razão, as instâncias ordinárias extinguíram a ação de busca e apreensão, sem resolução do mérito, por ausência de interesse processual, sob o fundamento de que não se poderia resolver o contrato em razão de ter sido o mesmo substancialmente cumprido, devendo o credor buscar as vias ordinárias.

O recurso especial foi provido, a partir do voto condutor proferido pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, que inaugurou a divergência. Eis, em síntese, os fundamentos invocados em seu voto: (i) a legislação especial dos contratos de alienação fiduciária em

---

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 2

<sup>19</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.622.555/MG*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Relator p/ acórdão: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1569290&num\\_registro=201502797328&data=20170316&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1569290&num_registro=201502797328&data=20170316&formato=PDF)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.





garantia deve prevalecer em caso de eventual conflito de normas, consoante determina o art. 1.368-A do Código Civil<sup>21</sup>; (ii) o Decreto-Lei nº 911/69<sup>22</sup>, ao exigir em seu art. 3º, § 2º, o pagamento integral da dívida, não contém lacunas a serem supridas pelos princípios gerais de direito, sendo inapropriado aplicar a teoria do adimplemento substancial para derogar norma expressa da legislação de regência; (iii) o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.418.593/MS<sup>23</sup>, em sede de recurso repetitivo, fixou a tese de impossibilidade de purga da mora na alienação fiduciária em garantia, o que reforça a necessidade de pagamento da integralidade da dívida; (iv) a pretensão imediata de busca e apreensão do bem dado em garantia não equivale à resolução do contrato, portanto não há que se falar em adimplemento substancial como óbice ao pedido de busca e apreensão; (v) a incidência da teoria do adimplemento substancial incentivaria o inadimplemento das últimas prestações, não merecendo proteção o devedor que deixa de pagar parcela ínfima mesmo sabendo das gravosas consequências de seu ato; (vi) o princípio processual da menor onerosidade ao devedor não tem lugar porque a ação executiva é instrumento menos eficaz à disposição do credor; e (vii) a aceitação do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária desvirtuaria esse relevante mecanismo de financiamento, impactando significativamente nos juros cobrados pelas instituições financeiras em razão do incremento do risco.

Não obstante a consistência de tais argumentos, importante conferir-lhes breves respostas, no intuito de promover uma reflexão a respeito do tema. Os fundamentos da divergência referidos nos itens (i) e (ii), apesar de representarem o ponto nodal que levou a maioria dos Ministros a darem provimento ao recurso especial, não parecem adotar a melhor interpretação à legislação pertinente. Afirmar que a lei especial dos contratos de alienação fiduciária exige o pagamento integral da dívida, impedindo, assim, a aplicação da teoria do adimplemento substancial, acaba por desconsiderar que o adimplemento integral também é exigido como regra geral de todos os contratos. Dito de outra forma, a exigência de pagamento integral não é prerrogativa exclusiva do credor fiduciário, e, portanto, inexistente a aludida “regra especial” na legislação de regência.

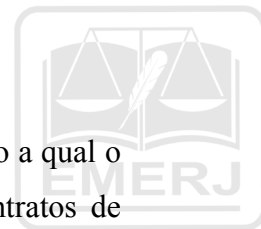
Perceba-se, portanto, a situação paradoxal encontrada: a teoria do adimplemento substancial, como corolário do princípio da boa-fé objetiva previsto no art. 422 do Código

---

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>23</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.418.593/MS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1320592&num\\_registro=201303810364&data=20140527&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1320592&num_registro=201303810364&data=20140527&formato=PDF)>. Acesso em: 13 mai. 2020.



Civil<sup>24</sup>, é perfeitamente aplicável aos contratos, excepcionando a regra geral segundo a qual o contrato é resolvido em caso de inadimplemento; porém não é aplicável aos contratos de alienação fiduciária em garantia regidos pelo Decreto-Lei n° 911/69<sup>25</sup> porque tal diploma normativo exige o adimplemento integral da obrigação, que é igualmente exigido no art. 475 do Código Civil<sup>26</sup>. Ora, se o adimplemento substancial pode excepcionar a regra do art. 475 do Código Civil<sup>27</sup>, da mesma forma deveria poder excepcionar a regra do art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei n° 911/69<sup>28</sup>, pelo simples fato de que esta não é regra específica, mas sim coincidente com a norma geral de adimplemento integral das obrigações aplicável à todas as espécies contratuais.

A respeito do argumento de divergência referido no item (iii), não se vislumbra a alegada incompatibilidade entre a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo no recurso especial n° 1.418.593/MS<sup>29</sup> e a aplicação da teoria do adimplemento substancial. A discussão travada naquele caso consistia em saber se poderia o devedor, no prazo de 5 dias após a execução da liminar de busca e apreensão, purgar a mora, mediante o pagamento apenas das parcelas vencidas, ou se deveria pagar a integralidade da dívida, incluindo as parcelas vincendas. Prevaleceu esta última posição<sup>30</sup>.

A necessidade de pagamento das prestações vencidas e vincendas, contudo, não se confunde com a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial. Seria perfeitamente possível considerar, por exemplo, que o devedor fiduciante deve pagar as prestações vencidas e vincendas em razão da mora, mas que, diante do adimplemento substancial da avença, não seria cabível o pedido de busca e apreensão. Neste caso, poderia o credor se valer das vias ordinárias para a satisfação do crédito, ainda que este compreenda todas as prestações, vencidas e vincendas.

No que se refere ao fundamento da divergência mencionado no item (iv), é importante perceber que a pretensão de busca e apreensão do bem dado em garantia produz os mesmos efeitos da resolução do contrato. O contrato de alienação fiduciária pode ter seu curso natural, com a quitação integral da dívida e a consolidação da propriedade em nome do devedor

---

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

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

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 33.

<sup>30</sup> Tese fixada no REsp n° 1.418.593/MS: “Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária”. (Ibid).



fiduciante, ou pode ter um destino excepcional, por assim dizer, consistente no inadimplemento da dívida, com a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. O fato deste segundo cenário ser legalmente previsto não significa que não possa ser tratado como uma espécie de resolução do contrato, haja vista que o contrato de alienação fiduciária tem por objetivo precípuo funcionar como uma garantia da dívida, e não como forma de transferência de propriedade do bem dado em garantia para o credor fiduciário.

Com relação ao fundamento de divergência apontado no item (v), não se pode presumir que todos os devedores que deixam de pagar as últimas prestações estariam agindo de má-fé. Não se olvida que tal situação possa efetivamente vir a ocorrer, o que dependerá da análise circunstancial do caso concreto, mas nesta hipótese o devedor não poderá, evidentemente, se valer do adimplemento substancial. Isso porque um dos requisitos para a aplicação da teoria é justamente “a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes”<sup>31</sup>, e o devedor que deixa de pagar as últimas prestações de forma oportunista não tem expectativa legítima a ser tutelada.

Não se pode, portanto, presumir a deslealdade e o oportunismo, mas se estes vierem a ocorrer não poderá o devedor, obviamente, receber a tutela do adimplemento substancial, que pressupõe, acima de tudo, a sua boa-fé objetiva. Os abusos devem ser investigados e punidos, mas jamais podem servir para punir toda a coletividade de devedores fiduciantes, dentre os quais se incluem uma infinidade de pessoas de boa-fé que não logram êxito em pagar as últimas prestações em razão de dificuldades financeiras.

Quanto ao argumento de divergência indicado no item (vi), note-se que o princípio processual da menor onerosidade encampado no art. 805 do Código de Processo Civil<sup>32</sup> reforça a norma de direito material relativa ao adimplemento substancial. Sabe-se que o § único do art. 805 do Código de Processo Civil exige, para a aplicação do princípio de menor onerosidade, que haja “outros meios mais eficazes e menos onerosos” para a satisfação do crédito, como apontado no voto vencedor.

No entanto, deve-se compreender tal pressuposto como “outros meios mais eficazes e menos onerosos” dentre os meios cabíveis. Isso significa que se determinado meio não for cabível, ainda que ele represente um instrumento mais eficaz para a satisfação do crédito, não poderá o credor dele se valer. A pretensão de busca e apreensão do bem, quando obstada pela aplicação do adimplemento substancial do contrato, deixa de ser um instrumento disponível.

---

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 11.

<sup>32</sup> BRASIL. *Lei n° 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato/2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato/2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.



Por fim, a respeito da tese de divergência suscitada no item (vii), merece ser examinada com cautela a premissa de que a adoção da teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária aumentará os riscos do financiamento e, por consequência, implicará em aumento de juros. Em tese, esse argumento poderia servir para tutelar qualquer pretensão das instituições financeiras, como serviu, à época da elaboração da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei nº 11.101/05<sup>33</sup>), para inserir o §3º em seu art. 49, o qual excluiu do âmbito da recuperação judicial o credor por alienação fiduciária. Essa decisão legislativa veio a ser duramente criticada pela doutrina especializada, conforme ensina o Professor Manoel Justino Bezerra Filho<sup>34</sup>, cujas lições se aplicam igualmente neste caso.

Com efeito, não se pode perder de vista a relação de superioridade existente entre o banco e o financiado, o que faz incidir, inclusive, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90<sup>35</sup>) às relações bancárias em geral, conforme preceitua o enunciado nº 297 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça<sup>36</sup>. Sendo assim, os riscos do inadimplemento e a sua repercussão na economia não podem justificar o afastamento da tutela do consumidor vulnerável, da mesma forma que não podem excluir a teoria do adimplemento substancial. Ora, se as instituições financeiras e os contratos de alienação fiduciária por elas celebrados estão sujeitos às normas protetivas da legislação consumerista, com maior razão estão sujeitas aos princípios gerais de direito civil, dentre os quais se inclui o adimplemento substancial.

Desta breve exposição se verifica que os fundamentos invocados nos votos vencedores para negar a aplicação da teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação

<sup>33</sup> BRASIL. *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>34</sup> “O principal argumento desta ‘corrente’ era, no mínimo, curioso. Argumentava, a princípio corretamente, que a recuperação de qualquer empresa, em qualquer lugar do mundo capitalista, dependia fundamentalmente de financiamento e que o único setor capaz de fornecê-lo em quantidade suficiente seria o setor bancário. No entanto – continuava dizendo –, não basta apenas o fornecimento de financiamento, sendo necessário que tal financiamento seja fornecido a juros não extorsivos, mas sim a juros que a atividade empresarial tenha condições de pagar. Prosseguia afirmando, ainda corretamente, que um dos elementos que influem na formação dos juros é a avaliação do risco: quanto menor o risco, menores os juros. A partir desse pensamento, até aqui corretamente formulado, essa corrente conseguiu tornar verdade a afirmação de que a lei de recuperação, para propiciar efetivamente recuperação, deveria proporcionar condições privilegiadas de retorno do capital investido na sociedade empresária em recuperação ou em falência, de tal forma que a diminuição do risco resultaria na baixa dos juros. Esse foi o núcleo central do pensamento imperante. E a partir desse pensamento, a Lei deixou de ser “Lei de Recuperação de Empresa” e passou a ser “Lei de Recuperação do Capital Financeiro”. A ideia foi encampada – como não poderia deixar de ser – pelas instituições bancárias sediadas no País, bem como pelo Banco Central do Brasil, que conseguiu, dessa forma, introduzir no projeto as diversas reformas que o afastaram da filosofia original que o norteava.” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Lei nº 11.101/2005 comentada artigo por artigo, 14 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 65).

<sup>35</sup> BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>36</sup> “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado nº 297 da Súmula do STJ*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_23\\_capSumula297.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf)>. Acesso em: 13 mai. 2020)



fiduciária, embora consistentes, poderão ser revisitados. As ponderações até aqui suscitadas corroboram para a proposta de uma reavaliação da matéria, conforme sugerido no capítulo seguinte.

### 3. ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Importante deixar claro que a solução aqui proposta no sentido de possibilitar a aplicação da teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária, desde que preenchidos os seus requisitos autorizadores, não deixará o credor fiduciário desamparado, haja vista ser possível a satisfação de seu crédito pelos meios executivos ordinários. Na ponderação de interesses em conflito, preserva-se o direito do devedor fiduciante de boa-fé que cumpriu a quase integralidade do contrato, garantindo, por outro lado, ao credor fiduciário os meios comumente utilizados para a execução do saldo devedor, na condição de credor quirografário.

Conforme assegurado pelo voto vencido proferido pelo Ministro Marco Buzzi, caso o credor já tenha ajuizado a ação de busca e apreensão, sequer precisará propor nova demanda executiva, pois fica autorizado a emendar a petição inicial, com fundamento no art. 329, I, do Código de Processo Civil<sup>37</sup>, para que o feito prossiga pelo rito da ação de execução. Isso porque, não seria razoável, como fizeram as instâncias ordinárias naquele caso concreto, a extinção do processo sem exame do mérito, porquanto existindo saldo devedor, ainda que inexpressivo, deve-se facultar ao credor a emenda da inicial, solução compatível com os postulados da eficiência e da celeridade na prestação jurisdicional. Essa solução, aliás, foi expressamente prevista pelo legislador nos casos em que não for encontrado o bem objeto da alienação fiduciária, conforme se infere do art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69<sup>38</sup>.

A solução de remeter o credor às vias ordinárias de execução, quando o contrato já foi cumprido em quase a sua integralidade, atende ao equilíbrio dos interesses conflitantes, principalmente quando a execução é processada de forma célere e eficaz, como ocorre na atualidade. Como se sabe, o executado é citado para pagar a dívida em 3 (três) dias, constando do mandado de citação ordem de penhora e avaliação a serem cumpridas pelo oficial de justiça

<sup>37</sup> BRASIL, op. cit., nota 42.

<sup>38</sup> “Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, fica facultado ao credor requerer, nos mesmos autos, a conversão do pedido de busca e apreensão em ação executiva, na forma prevista no Capítulo II do Livro II da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014).” (BRASIL, op. cit., nota 2).

tão logo transcorrido este exíguo prazo. Ademais, poderá o credor indicar à penhora, na petição inicial, o próprio bem dado fiduciariamente em garantia (art. 829, §§ 1º e 2º)<sup>39</sup>.

Verifica-se, portanto, que é possível ao credor obter a penhora dos bens do devedor já no 4º dia após a sua citação, o que seria, em tese, ainda mais rápido do que o prazo de 5 dias previsto no art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei nº 911/69<sup>40</sup> para a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, contado a partir da execução da liminar de busca e apreensão. O risco aventado pelo voto vencedor, no sentido do devedor se desfazer do bem dado em garantia, também pode ser solucionado pelo Código de Processo Civil.

Embora não disciplinada de forma específica no Código de Processo Civil vigente, tal como ocorria nos arts. 813 e 814 do Código de Processo Civil de 1973<sup>41</sup>, a medida cautelar de arresto está amparada no poder geral de cautela do juiz, conforme se depreende do art. 301 do Código de Processo Civil atual<sup>42</sup>. Portanto, se o credor fiduciário demonstrar a probabilidade de seu direito, refletida no próprio contrato de alienação fiduciária inadimplido, e o risco de resultado útil ao processo, consistente no desfazimento do patrimônio do devedor, será possível obter tutela cautelar de arresto do bem dado em garantia, antes mesmo da citação do executado.

Poderia se questionar, então, qual seria a diferença entre conferir ao credor a tutela de busca e apreensão ou remeter-lhe à execução ordinária, se de uma forma ou de outra o bem dado em garantia será utilizado para a quitação da dívida? Há diferenças relevantíssimas.

Primeiro porque o devedor poderá indicar à penhora outros bens em substituição ao dado em garantia, desde que demonstre que a constrição proposta lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente (art. 829, § 2º, do Código de Processo Civil<sup>43</sup>). Segundo porque deverá ser observada a ordem de preferência de penhora estabelecida no art. 835 do Código de Processo Civil<sup>44</sup>, que coloca os direitos aquisitivos derivados de alienação fiduciária em garantia na décima segunda (penúltima) posição, demonstrando a preocupação do legislador com a preservação do contrato. Terceiro porque, conforme o princípio da menor onerosidade previsto no art. 805 do Código de Processo Civil<sup>45</sup>, o devedor somente deverá perder o bem dado em garantia se não lhe restar patrimônio para saldar a dívida remanescente. Quarto porque o arresto, como medida de

---

<sup>39</sup> BRASIL, op. cit., nota 42.

<sup>40</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

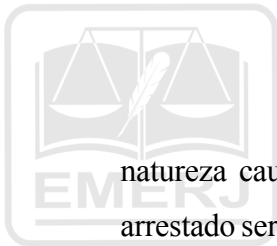
<sup>41</sup> BRASIL. *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>42</sup> “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.” (BRASIL, op. cit., nota 42).

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Ibid.



natureza cautelar, visa apenas assegurar o sucesso da execução, não significando que o bem arrestado será necessariamente expropriado, o que pode ser evitado se o devedor indicar à penhora outros bens em substituição.

Para além dos mecanismos executivos conferidos ao credor pelo Código de Processo Civil para a preservação e a satisfação do seu crédito, deve-se considerar outra relevante razão para a aplicação da teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária, desta vez voltada para as consequências advindas da busca e apreensão. De acordo com o art. 2º do Decreto-Lei nº 911/69<sup>46</sup>, uma vez promovida a alienação do bem apreendido para terceiros, ao devedor não caberá a restituição das parcelas pagas até então, mas somente eventual saldo do produto da alienação após o abatimento da dívida e das despesas decorrentes<sup>47</sup>.

Isso significa que, embora estivesse muito próximo da quitação integral (adimplemento substancial), ficará sujeito aos riscos inerentes à alienação do bem para terceiros (que sequer exige avaliação prévia), limitando-se a receber apenas o preço obtido com a venda da qual ele não participa, após o abatimento da dívida e das despesas decorrentes. O credor fiduciário, por sua vez, diante da percepção de que o saldo devedor é ínfimo se comparado ao valor total do bem, não terá incentivos a adotar maiores esforços para promover uma alienação competitiva. Ou seja, bastará vender ao primeiro comprador interessado, pouco importando qual seja o preço ofertado, já que este certamente será suficiente para quitar o valor irrisório de seu crédito.

Situações como esta não podem ser toleradas, sendo incompatíveis com o princípio da boa-fé objetiva no âmbito do direito civil (art. 422 do Código Civil<sup>48</sup>) e com o princípio da cooperação no âmbito processual (art. 6º Código de Processo Civil), sobretudo quando se considera que os devedores dos contratos de alienação fiduciária em garantia regidos pelo Decreto-Lei nº 911/69<sup>49</sup> são, em geral, consumidores em situação de vulnerabilidade. Nestes casos, justamente para assegurar proteção ao consumidor diante da resolução do contrato, a legislação e a jurisprudência vêm assegurando a restituição imediata das parcelas já pagas pelo

---

<sup>46</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>47</sup> “No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas.” (Ibid).

<sup>48</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>49</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

adquirente, conforme se depreende, dentre outros, do art. 53 do CDC<sup>50</sup>; do art. 67-A da Lei n° 4.591/64<sup>51</sup>; do Enunciado 543 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça<sup>52</sup>; e do Enunciado 564 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça<sup>53</sup>.

Esse quadro normativo e jurisprudencial demonstra a preocupação sempre presente em assegurar ao consumidor, em caso de resolução do contrato cujo pagamento se fixou em prestações, o direito de receber de volta o que já pagou, em maior ou menor medida a depender da parte culpada pelo inadimplemento. O mesmo não ocorrerá, contudo, com o consumidor do contrato de alienação fiduciária em garantia, caso rejeitada a aplicação da teoria do adimplemento substancial, em violação ao tratamento isonômico dos consumidores.

Isso porque, além de perder o bem dado em garantia, o valor da sua restituição estará limitado ao preço obtido com a alienação do bem que, como se viu, poderá ser ínfimo diante da inexistência de incentivo ao credor para promover uma venda competitiva. O prejuízo fica ainda mais evidente considerando que o devedor deixou de quitar parcela ínfima do valor total do financiamento, eis que caracterizado o adimplemento substancial.

## CONCLUSÃO

---

<sup>50</sup> “Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.” (BRASIL, op. cit., nota 45)

<sup>51</sup> “Em caso de desfazimento do contrato celebrado exclusivamente com o incorporador, mediante distrato ou resolução por inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente, este fará jus à restituição das quantias que houver pago diretamente ao incorporador, atualizadas com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, delas deduzidas, cumulativamente: (Incluído pela Lei n° 13.786, de 2018).

I - a integralidade da comissão de corretagem; (Incluído pela Lei n° 13.786, de 2018).

II - a pena convencional, que não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) da quantia paga. (Incluído pela Lei n° 13.786, de 2018).” (BRASIL, *Lei n° 4.591*, de 16 de dezembro de 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.)

<sup>52</sup> “Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado n° 543 da Súmula do STJ*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula\\_543\\_544\\_2015\\_Segunda\\_Secao.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_543_544_2015_Segunda_Secao.pdf)>. Acesso em: 13 mai. 2020).

<sup>53</sup> “No caso de reintegração de posse em arrendamento mercantil financeiro, quando a soma da importância antecipada a título de valor residual garantido (VRG) com o valor da venda do bem ultrapassar o total do VRG previsto contratualmente, o arrendatário terá direito de receber a respectiva diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos pactuados. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado n° 564 da Súmula do STJ*. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27564%27\).sub.>](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27564%27).sub.>). Acesso em: 13 mai. 2020).





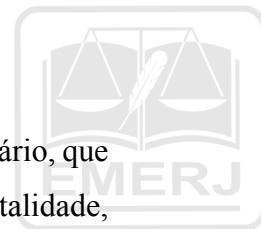
A presente pesquisa examinou, como problemática essencial, a eventual incompatibilidade entre os contratos de alienação fiduciária em garantia e a teoria do adimplemento substancial. O embate materializa-se pelo aparente confronto entre a norma do art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/69, que exige o pagamento integral da dívida, e a teoria do adimplemento substancial adotada no âmbito dos contratos em geral como decorrência do princípio da boa-fé objetiva previsto no art. 422 do Código Civil.

Com base na reflexão proposta, foi apontado que o adimplemento integral e a possibilidade de resolver o contrato inadimplido não é uma prerrogativa exclusiva do credor fiduciário, mas sim regra geral do direito civil, conforme se infere dos arts. 389 e 475 do Código Civil. Portanto, o argumento de que a legislação de regência da alienação fiduciária conteria uma espécie de regra especial destinada a afastar a aplicação da teoria do adimplemento substancial não merece prosperar.

O que coloca o credor fiduciário em uma situação de privilégio não é a faculdade de exigir a integralidade de seu crédito, o que é assegurado como regra geral a todos os contratantes, mas sim a possibilidade de se valer de um procedimento célere e seguro para o recebimento do crédito em caso de inadimplemento. Esse procedimento simplificado de satisfação de crédito, contudo, não pode impedir a incidência do princípio da boa-fé objetiva, aplicável à todas as relações contratuais, em sua vertente do adimplemento substancial. Em outras palavras, a aplicação do art. 422 do Código Civil no caso concreto, longe de esvaziar o art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/69, confere-lhe legitimidade, na medida em que baliza a busca e apreensão do bem aos casos em que realmente for necessária tal drástica medida.

Conforme exposto, a análise dos fundamentos invocados no julgamento proferido no recurso especial nº 1.622.555/MG, sugere uma reavaliação do tema. Embora se reconheça a consistência dos votos vencedores, as ponderações aqui desenvolvidas destinam-se a reanimar essa relevante discussão, com o objetivo de ampliar as teses expostas nos votos que restaram vencidos.

Os requisitos para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, expostas no acórdão proferido no recurso especial 1.581.505/SC, podem ser aplicadas com maior rigor, inclusive, quando se tratar de contrato de alienação fiduciária, o que se admite para preservar a eficácia deste instrumento tão caro ao mercado de financiamento. O que não seria adequado, com a devida vênia, seria negar genérica e abstratamente a incidência desta relevante teoria para todo e qualquer contrato de alienação fiduciária, desprezando as particularidades do caso concreto que podem indicar o manifesto preenchimento dos seus requisitos autorizadores.



A solução aqui proposta, por um lado, não deixa ao desamparo o credor fiduciário, que contará com a garantia real durante a execução do contrato principal em quase sua totalidade, e poderá cobrar eventual saldo remanescente, inexpressivo se comparado ao valor do negócio jurídico, pelos meios executivos comuns. Poderá, inclusive, requerer medidas cautelares para a preservação do patrimônio do devedor, desde que atendidos os requisitos legais previstos para as medidas de urgência em geral.

De outro lado, tutela-se o devedor fiduciante, que, já tendo cumprido substancialmente o contrato e tendo deixado de cumprir as últimas prestações de boa-fé, não sofrerá a perda imediata do bem dado em garantia. Evita-se, ademais, uma consequência sobremaneira injusta que seria a restituição parcial de valores, limitada ao preço que o credor obtiver com uma venda não competitiva, após o abatimento da dívida. Assim, espera-se promover um maior equilíbrio entre os interesses conflitantes das partes contratantes.

## REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Lei nº 11.101/2005 comentada artigo por artigo, 14ª edição, São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 911*, de 1º de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Enunciado nº 361 da IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.591*, de 16 de dezembro de 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.514*, de 20 de novembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.



\_\_\_\_\_. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado n° 297 da Súmula do STJ*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_23\\_capSumula297.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado n° 543 da Súmula do STJ*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula\\_543\\_544\\_2015\\_Segunda\\_Secao.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_543_544_2015_Segunda_Secao.pdf)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado n° 564 da Súmula do STJ*. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27564%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27564%27).sub)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.418.593/MS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1320592&num\\_registro=201303810364&data=20140527&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1320592&num_registro=201303810364&data=20140527&formato=PDF)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.581.505/SC*. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1531880&num\\_registro=201502887137&data=20160928&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1531880&num_registro=201502887137&data=20160928&formato=PDF)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.622.555/MG*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Relator p/ acórdão: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1569290&num\\_registro=201502797328&data=20170316&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1569290&num_registro=201502797328&data=20170316&formato=PDF)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 8 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

## APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL URBANO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Jonas Thiago Dutra Moreira

Graduado pelo Centro Universitário Moacyr Sreder Bastos. Advogado.

**Resumo** - o cenário atual do Brasil e do mundo em tempos de pandemia forçou a elaboração da Lei nº 13.979/20 com medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública instaurada pela pandemia. Decretada a calamidade Pública para evitar o contágio em massa, medidas excepcionais foram adotadas, como quarentena, isolamento social, fechamento do comércio, das empresas, escolas e atividades não essenciais, que afetaram profundamente a economia, discutindo-se sobre a impossibilidade de pagamento dos aluguéis comerciais e residenciais. A Teoria da Imprevisão justifica a resolução ou revisão do contrato caso ocorra acontecimento superveniente e imprevisível que desequilibre o contrato, impondo às partes obrigações excessivamente onerosas, discutindo se locatários podem alegar força maior, reduzindo ou suspendendo os aluguéis.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Obrigações e Contratos. Teoria da Imprevisão. Requisitos e Limites.

**Sumário** – Introdução. 1. Aplicação da Teoria da Imprevisão nos contratos de locação de imóvel urbano em tempos de pandemia. 2. Parâmetros para aplicação da Teoria da imprevisão nos contratos de locação de imóvel urbano em tempos de pandemia. 3. Da possibilidade de revisão judicial dos contratos de locação de imóvel urbano em razão da pandemia. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O cenário atual do Brasil e do mundo em tempos de pandemia forçou a elaboração da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, responsável pelo surto epidêmico de 2019/2020, a chamada pandemia. Decretada a Calamidade Pública para evitar o contágio em massa do COVID-19, medidas excepcionais foram adotadas pelo Governo, como a quarentena, o isolamento social, o fechamento do comércio, das empresas, escolas e todas as atividades não essenciais. Essas medidas afetaram profundamente a economia das pessoas e empresas, trazendo a discussão sobre a impossibilidade de pagamento de aluguéis dos imóveis comerciais e residenciais.

Em razão do tema, foi aprovado no Senado Federal o Projeto de Lei nº 1179/20, vedando a concessão de liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo ajuizados após 20 de março de 2020 que se estenderá até o fim da pandemia, permanecendo



assegurado o direito de retomada do imóvel nas hipóteses previstas nos incisos I, II III e IV do artigo 47 da Lei de Locação nº 8.245/91. Ou seja, há um movimento de flexibilização nas relações locatícias propagando-se pelo Poder Legislativo e que deve ser fomentado e praticado nas relações entre particulares consensualmente para que não haja demanda judicial. Quando este desequilíbrio econômico/financeiro se sobressair, surge o famoso instituto jurídico, a chamada Teoria da Imprevisão, já prevista nos artigos 478 a 480 do Código Civil, justificando-se a resolução ou a revisão de um contrato caso ocorra um acontecimento superveniente e imprevisível que desequilibre a sua base econômica, impondo a uma das partes obrigação que se torna excessivamente onerosa hipótese o que se amolda na hipótese destes tempos de pandemia. A referida teoria da imprevisão mitiga o princípio da força obrigatória dos contratos que, com as alterações do contexto econômico, torna seu cumprimento contratual extremamente difícil ou até mesmo impossível.

O trabalho foca a temática dos critérios para a aplicação da Teoria da Imprevisão, que hoje, em face da grande repercussão econômica causada pela Pandemia será objeto de grande número de ações judiciais, em razão da impossibilidade de cumprimento das prestações na forma ajustada em razão das medidas restritivas de isolamento social e quarentena impostas pelo Estado no combate ao novo coronavírus, institucionalizado como pandemia, que alterou profundamente a rotina da população mundial, refletindo, conseqüentemente, nos setores da economia, de saúde, industrial e nas ações governamentais.

A restrição à circulação de pessoas e da atividade econômica imposta pelas autoridades governamentais, em nível global, visou a redução dos riscos de infecção da população e assim, a disseminação do vírus o que causou, sem dúvida, imenso impacto econômico.

Por fim, aqui objetiva-se discutir os fundamentos presentes no ordenamento jurídico para a aplicação da Teoria da Imprevisão, bem como a necessidade do estabelecimento de critérios. Isso porque, sua utilização de forma livre pelos tribunais traz o risco de decisões contraditórias e injustas, subvertendo a ordem jurídica.

Para tanto, parte-se das seguintes reflexões: sendo o contrato de locação uma espécie de contrato de execução continuada, a Teoria da Imprevisão pode ser aplicada, desde que os demais requisitos previstos em lei ocorram concomitantemente?

Inicia-se o primeiro capítulo defendendo a possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão, em que pese a existência de previsão legal, tendo por fundamento o princípio da boa-fé objetiva e função social do contrato.

No segundo capítulo, analisam-se os parâmetros para embasar a aplicação da teoria e que critérios poderiam ser estabelecidos, levando-se em conta as posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Por fim, no terceiro capítulo, defende-se a necessidade de critérios objetivos na aplicação Teoria da Imprevisão, a fim de que a lógica de cumprimento integral e regular das obrigações livremente contraídas não seja invertida.

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

A abordagem será necessariamente qualitativa, portanto, o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco—analísada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar a sua tese.

## 1. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL URBANO EM TEMPOS DE PANDEMIA

O Direito Civil sempre foi pautado pela importância da Autonomia da Vontade, princípio do qual decorrem as cláusulas gerais da Liberdade Contratual, da Força Obrigatória dos Contratos (*Pacta Sunt Servanda*) e do Consensualismo.

O contrato é a lei entre as partes, nasceu no mundo romano e firmou-se definitivamente no direito canônico, onde a vontade humana foi reconhecida e orientada no sentido de constituir como um instrumento de aproximação dos homens e circulação de bens e riquezas.

De acordo com este princípio do *Pacta Sunt Servanda*, as estipulações pactuadas devem ser fielmente cumpridas. Somente neste contexto, os contratantes firmam as suas vontades, não se preocupando com o contexto social da época da contratação e que os colocaram face a face. Contudo, ocorrendo o descumprimento do acordado, pode o credor executar o patrimônio do devedor, movimentando o aparelho judiciário do Estado competente para exigir o cumprimento do contrato.

Na medida em que a vida econômica se torna cada vez mais complexa, e as mudanças tecnológicas e sociais tornam-se um fenômeno dinâmico, é cada vez menos seguro confiar na possibilidade futura de renegociação no mercado.



Assim, os desequilíbrios contratuais ditados por fenômenos de várias ordens e inclusive pela própria política adaptada pelos governantes em épocas diferentes, geram a concepção de que devem ser revistos ou readaptados sempre que fatores exteriores rompam com o equilíbrio e desnivalem as obrigações assumidas pelas partes.

A obrigatoriedade dos contratos constitui, por sua vez, uma projeção no tempo da liberdade contratual. As partes são obrigadas a realizar as prestações pactuadas. O direito contemporâneo limitou também tal obrigatoriedade, interpretando a *Rebus Sic Stantibus*, ou seja, enquanto as situações das partes não sofrerem modificações perdurará a obrigatoriedade. Porém, no caso de haver transformações será permitida uma revisão ou readaptação dos termos.

O advento da Lei nº 13.979/2020<sup>1</sup>, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019/2020, a chamada Pandemia. Declarada Calamidade Pública para evitar o contágio em massa do COVID-19, medidas excepcionais foram adotadas, como quarentena, isolamento social, fechamento do comércio, das empresas, escolas e qualquer atividade não essencial. Estas medidas afetaram profundamente a economia de pessoas e empresas, trazendo a discussão sobre a impossibilidade de pagamento de aluguéis dos imóveis comerciais e residenciais.

As medidas de contenção que visam evitar a propagação do novo coronavírus no Brasil, que foram tomadas pelo Governo Federal, Estadual e Municipal, suspendeu e limitou a atividade comercial em vários ramos da economia, inviabilizando a obtenção regular de lucro ou até mesmo o cessando completamente. Os decretos nos três níveis de governo, Federal, Estadual e Municipal que impediram a abertura dos estabelecimentos em todo país, e a recomendação de permanência dos consumidores em suas residências, prejudicaram por si só a circulação da riqueza e ocasionaram imensa queda no consumo de bens e serviços.

Assim, as medidas afetaram diretamente grandes e pequenos empreendedores em sua atividade econômica, impactando a arrecadação da quantia destinada mensalmente ao pagamento do aluguel do imóvel compreendido como estabelecimento comercial e residencial.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.



O Projeto de Lei nº 1179/20<sup>2</sup>, vedando a concessão de liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo ajuizados após 20 de março de 2020 (se estendendo até o fim da pandemia), permanecendo assegurado o direito de retomada do imóvel nas hipóteses previstas nos incisos I, II III e IV do artigo 47 da Lei de Locação nº 8.245/91<sup>3</sup>. Assim, visualiza-se que há um movimento de flexibilização nas relações locatícias propagado pelo Poder Legislativo e que deve ser fomentado e praticado nas relações entre particulares.

Frise-se que esse movimento de flexibilização não deve ser esquecido pelo Poder Legislativo e Judiciário, e pelas partes contratantes, mesmo com o veto do Poder Executivo em relação ao artigo 9º da Lei nº 14.010/2020<sup>4</sup>, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19).

O controverso artigo 9º do citado anteprojeto, segundo o qual "não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo" nas hipóteses ali especificadas, quando o processo tiver sido iniciado a partir de 20/03/2020, foi vetado. Conforme salienta André Abelha:<sup>5</sup>

Se o objetivo era evitar a propagação do vírus, por que a restrição não se aplicaria a qualquer despejo, liminar ou definitivo? Por que, aliás, não se aplicaria a liminares ou execuções de sentença para atos de imissão ou reintegração na posse? E por que não executar a liminar ou sentença quando comprovadamente for possível fazê-lo sem risco às partes e à saúde pública. Ao que parece, a norma, nesse ponto, traria mais dúvidas que certezas, e seu veto pareceu correto.

Nesse passo, considerando o contexto atual, quando o desequilíbrio econômico/financeiro se sobressai, surge a chamada Teoria da Imprevisão prevista nos artigos 478 a 480 do Código Civil<sup>6</sup>, que justifica a resolução ou a revisão de um contrato caso ocorra um acontecimento superveniente e imprevisível que desequilibre a sua base econômica, impondo a uma das partes obrigação excessivamente onerosa como a que

<sup>2</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Pojeto de Lei nº 1179/2020*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2247564>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 8.245*, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>4</sup> BRASIL. *Lei nº 14.010*, de 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>5</sup> MIGALHAS. *A lei 14.010/20 e o Direito Imobiliário: imperfeita e necessária*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/328822/a-lei-14010-20-e-o-direito-imobiliario-imperfeita-e-necessaria>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.





possível, e mesmo recomendável, que os pressupostos deduzidos de uma interpretação meramente literal do artigo 478 sejam relidos à luz destes novos princípios, despregando-se, assim, daquele antigo modelo correspondente à teoria da Imprevisão”. Assim, poder-se-á sustentar, em primeiro lugar, que a revisão – e não somente a resolução – do contrato será exigível, com base na boa-fé (art. 422) e, mais, especificamente, com fundamento da norma inscrita no art. 317. Os artigos 317 e 422 são, normas que dão apoio à criação de outras hipóteses de revisão do contrato, ampliando-se assim, o alcance do art. 478 quando comparado ao alcance que se lhe seria dado conforme uma interpretação meramente literal, que o circunscrevesse, à antiga teoria da imprevisão.

Tem-se como requisitos para aplicação da teoria que, o contrato seja de longa duração, e não de execução instantânea, e que a imprevisibilidade do evento seja superveniente e não pode estar inserido nos riscos ordinários do contrato, esclarecendo que a epidemia é considerada um evento imprevisível por grande parte da doutrina. Nesse ponto, cabe ressaltar que para a maior parte da doutrina clássica, os contratos aleatórios de execução continuada não estariam abrangidos pelo artigo 478. Por todos, cabe lembrar as precisas lições de Caio Mário<sup>10</sup>, para quem “a rescisão por onerosidade excessiva cabe unicamente nos contratos comutativos. Nos aleatórios obviamente não se justifica”. De fato, o artigo 478 exclui como contratos sujeitos à resolução por onerosidade excessiva os que tenham execução instantânea, mas não exige que os contratos de execução continuada ou diferida sejam, necessariamente, comutativos. Conforme disserta Gustavo Tepedino e Maria Celina<sup>11</sup>.

Pelo exposto, entende-se que a situação ora vivenciada atrai a aplicação da Teoria da Imprevisão, uma vez preenchidos os elementos transcritos. No caso da pandemia do novo coronavírus, é evidente que tal situação configura-se como imprevisível, atingindo e impactando diversas relações, razão pela qual entende-se plena a possibilidade de revisão dos contratos e relações comerciais diante dessa situação excepcional.

Observando que deve-se ter como consequência jurídica a revisão do valor das prestações contratuais ou aplicação das consequências da onerosidade excessiva ou manutenção da obrigação, sem revisão ou rescisão do contrato.

Inclusive, é nesse sentido uma decisão recentemente proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Videira (SC), em ação revisional de aluguel cujo pedido de suspensão

<sup>10</sup> SILVA, Caio Mario Pereira da; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 167.

<sup>11</sup> TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, op. cit., p. 132.

do aluguel foi indeferido pela falta de comprovação de ocorrência de extrema vantagem ao locador:

Na situação dos autos, a autora traz elementos que demonstram a queda do faturamento de sua empresa em razão da pandemia hoje vivenciada a nível mundial, impedindo-a assim pagar o aluguel contratado. Contudo, o desequilíbrio utilizado como fundamento para o pedido de revisão não pode ser analisado apenas sob a ótica de uma das partes, mas sim de ambas. Neste ponto, não logrou êxito em demonstrar a requerente, ao menos neste juízo de cognição breve, onde residiria o enriquecimento sem causa ou a prestação exagerada em favor do requerido, haja vista que o valor da locação não sofreu qualquer mudança em razão do evento noticiado. Com base nisso, entendo não estar presente a probabilidade do direito alegado", destacou a juíza de direito."(g.n.)(Revisional de Aluguel nº 5001853-72.2020.8.24.0079/SC, Juíza: Monica Fracari, Data: 26.03.2020).

Ainda sobre a necessidade de comprovação dos requisitos da Teoria da Imprevisão:

[...] a Teoria da Imprevisão como justificativa para a revisão judicial de contratos somente será aplicada quando ficar demonstrada a ocorrência, após o início da vigência do contrato, de evento imprevisível e extraordinário que diga respeito à contratação considerada e que onere excessivamente uma das partes contratantes (STJ - REsp 1045951/MA, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 22/03/2017). II. A jurisprudência daquela Corte de Sobreposição revela-se bastante cautelosa na aplicação da Teoria da Imprevisão, sobretudo nos casos em que a alegação de crise econômica nacional não vem acompanhada com a inequívoca demonstração do desequilíbrio econômico-financeira do instrumento contratual [...]<sup>12</sup>

Portanto, não basta a demonstração da crise, é preciso comprovar o enriquecimento injusto ao locador, é impossível, que o locatário bruscamente atingido pelo *lockdown*, ou isolamento social consiga manter pagamentos do valor do aluguel vigente. Ainda não se sabe, inclusive, até quando perdurará a situação de fechamento obrigatório dos estabelecimentos comerciais não essenciais – sendo que o próprio PL estima o período de calamidade pública até 30 de outubro de 2020.

### 3. DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL URBANO EM RAZÃO DA PANDEMIA

A revisão judicial dos contratos é uma possibilidade nos negócios jurídicos. Sobre a matéria, tem-se defendido que a extinção do contrato deve ser a *última ratio*, a última alternativa, e somente se esgotados todos os meios possíveis de revisão. Tem-se assim, o princípio da conservação contratual que é decorrente da função social dos contratos. A

<sup>12</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo, *Agravo de Instrumento nº 0000172-22.2019.8.08.0019*, Relator: Namy Carlos de Souza Filho, Órgão julgador: Segunda Câmara Cível, Data de Julgamento: 07 mai. 2019.



relação entre os dois princípios é reconhecida no Enunciado nº. 22 do CJF/STJ<sup>13</sup>. A preservação da autonomia privada é um dos exemplos da eficácia interna do princípio da função social dos contratos, esta reconhecida no Enunciado nº. 360 do CJF/STJ.<sup>14</sup>

A revisão judicial do contrato, embora mais útil que a resolução, não representa a única solução. A necessidade de propositura de ação judicial para obtenção da revisão do contrato gera desestímulo ao contratante, que teme ver sua relação contratual extinta pelo litígio. Em vista disso tem-se tornado cada vez mais comum a procura de soluções extrajudiciais que viabilizem o reequilíbrio do contrato sem a intervenção dos Tribunais. O problema é que, mesmo diante do reclame de uma das partes de que o contrato se tornou desproporcional, o outro contratante, eventualmente silencia, beneficiando-se a conservação do pactuado. Em algumas situações o contratante só expõe a onerosidade excessiva quando cobrado por sua prestação.

A legislação tem procurado disciplinar o comportamento das partes em caso de excessiva onerosidade, exigindo, por exemplo, que o desequilíbrio contratual seja prontamente comunicado à contraparte e que, uma vez chamado a avaliar tal desequilíbrio, o contratante não possa simplesmente se omitir servindo como fundamento de tal medida a boa-fé objetiva.

A quebra desse dever pelo silêncio, pela sua recusa, pela sua ruptura ou pela ausência de comunicação imediata da intenção de renegociar configura violação da boa-fé contratual, gerando a responsabilidade civil. Surge ainda o desrespeito à eficácia interna da função social do contrato, na perspectiva de conservação do negócio jurídico, tese essa abraçada no Enunciado n. 22, da I Jornada de Direito Civil<sup>15</sup>.

Nesse caso, a ocorrência de conflitos decorrentes dessa nova situação, que terá que ser superveniente à assinatura da locação original, com possibilidade de ocasionar inúmeros impactos econômicos e sociais, casos esses locatários venham a ser despejados por falta de pagamento de aluguéis. Mostra-se assim extremamente necessária, portanto, uma resposta dos Tribunais a essa nova realidade.

Existem dispositivos legais vigentes que devem ser aplicados ao restabelecimento da ordem face às novas realidades enfrentadas pelas partes da relação locatícia, decorrentes da

---

<sup>13</sup> BRASIL. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado nº 22*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/668>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>14</sup> BRASIL. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado nº 360*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/464>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>15</sup> BRASIL. I Jornada de Direito Civil. *Enunciado nº 22*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

pandemia, denominada como exemplo clássico de situação de força maior, imprevisível e irresistível, que autoriza o uso da chamada Teoria da Imprevisão.

O artigo 317 do Código Civil <sup>16</sup>, que admite a possibilidade de correção do valor da prestação pela via judicial, sempre que sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação estabelecida contratualmente e o do momento do pagamento. Cabe ressaltar nesse contexto o artigo 421-A do Código Civil, com redação inserida pela Lei nº 13.874, que além de dispor sobre a revisão contratual, também dispõe que os contratos civis e comerciais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, mas garantindo-se que as partes poderão estabelecer pressupostos para a revisão e resolução (inciso I) e que poderá ocorrer a revisão contratual de maneira excepcional e limitada (inciso II).

Além disso, há que se mencionar o que dispõe a redação do artigo 20 da LINDB<sup>17</sup>, norma paradigmática, inserida pela Lei nº 13.655/2018, que dispõe que toda decisão judicial deve levar em consideração as consequências práticas da decisão. Ainda, o parágrafo único do mencionado artigo menciona que o juiz deverá demonstrar a necessidade e adequação da medida adotada no contrato, inclusive em face das possíveis alternativas.

Poderá ocorrer a resolução do negócio em decorrência de um evento extraordinário e imprevisível que dificulte o adimplemento do contrato, gerando a extinção do negócio de execução diferida, continuada, ou trato sucessivo. Aqui está presente a utilização da resolução contratual por fato superveniente, em decorrência de uma imprevisibilidade e extraordinariedade somadas a uma onerosidade excessiva. Os efeitos da sentença que determinarem a resolução retroagirão à data da citação do processo em que se pleiteia a extinção, gerando efeitos *ex tunc*.

Exige-se que o locatário comprove que o aluguel se tornou excessivamente oneroso, decorrente por exemplo, da queda do faturamento, redução do salário ou desemprego. Ainda, cabe ao locatário demonstrar a existência de vantagem exagerada ou o enriquecimento sem causa do locador, para fins de caracterizar o evidente desequilíbrio contratual.

Dessa forma, a contestação do locador deve comprovar a ausência da extrema vantagem do locador e a diminuição ou falta de recursos financeiros do locatário, provocada

---

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 06.

<sup>17</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.



pela pandemia, não acarreta por si só, do outro lado da balança, o aumento de qualquer vantagem ao locador, ou seja, o enriquecimento sem causa.

Os locadores economicamente afetados pela pandemia é o foco a ser observado pelos precedentes analisados no que se refere ao efeito colateral do atual cenário econômico provocado pelo coronavírus.

Os contratantes devem adotar os cuidados necessários para a redução dos possíveis danos e prejuízos que possam derivar dessa circunstância. Além de adotar essas providências, é recomendável que adotem as medidas necessárias para documentá-las comunicando à outra parte.

Para todos os casos, o mais indicado tem sido uma composição amigável entre as partes, consoante preceitua o artigo 3º, parágrafos 2º e 3º, do CPC 2015<sup>18</sup>, de forma a se chegar num denominador comum, sem onerar excessivamente o Locatário e, sem acabar sumariamente com a renda do aluguel ao Locador.

É evidente que antes de judicializar a questão dos efeitos da pandemia nos contratos, as partes têm o dever decorrente da boa-fé inculpada nos arts. 113 e 422 do Código Civil<sup>19</sup>, de provar que buscaram a composição sob pena de faltar condição específica de procedibilidade do provimento jurisdicional.

Renegociar é um dever que desdobra-se em dois aspectos fundamentais a quem sofre o desequilíbrio, deve-se informar prontamente o desequilíbrio contratual ao outro contratante, formulando um pleito de revisão do contrato; e para quem se beneficia do desequilíbrio, o dever de renegociar e analisar, com seriedade, o pleito apresentado pelo outro contratante e respondê-lo, ainda que para recusá-lo justificadamente.

Posta assim a questão, é possível considerar que o dever de negociar com fundamento no art. 422 do Código Civil<sup>20</sup> é uma condição específica da ação de revisional. Na sua ausência, o juiz poderá considerar inexistente o interesse-necessidade do provimento jurisdicional e, quando não, caso entenda, com fundamento no art. 5º, XXXV da CF, que não deve extinguir o processo, a ausência dessa demonstração pelo autor pode determinar a suspensão do andamento do feito até que haja essa demonstração.

Se a questão for judicializada, é preciso lembrar que o art. 916 do Código de Processo Civil<sup>21</sup> permite, no âmbito da execução, o parcelamento como direito subjetivo do devedor

<sup>18</sup> BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 06.

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

que pode optar por pagar 30% e parcelar o restante em seis pagamentos mensais e consecutivos com juros e correção. Sendo um bom parâmetro para negociação por extensão desse dispositivo processual.

O locatário poderá pleitear a renegociação dos contratos se houver recusa na renegociação amigável, há a possibilidade do pedido ser deduzido perante o Poder Judiciário, conforme já exposto, com base nos artigos nos artigos 422, 478, 479 e 480 do Código Civil,<sup>22</sup> que tratam da boa-fé contratual e da possibilidade de revisão por onerosidade excessiva.

Todavia, não há obrigatoriedade a qualquer negociação, depende da aceitação e vontade de ambas as partes. Se não houver acordo amigável, aquele que se sentir prejudicado poderá pleitear a revisão judicial do contrato com base nos artigos citados, e a decisão do Judicial sobre a vontade das partes.

O Julgador avaliará cada caso individualizadamente, levando-se em consideração o ramo de atividade econômica, a paralisação total ou não das atividades, o tempo de recuperação econômica, entre outros fatores. Esse é um exercício que deve ser realizado por locador e locatário. O locatário deve considerar sua capacidade de retomada e cumprimento efetivo do contrato em vigor e da proposta que será ofertada. O locador, por sua vez, também deve avaliar com cautela todos os aspectos da locação, inclusive como ficará o mercado após a pandemia, o risco de crise no setor, o risco de desocupação com a consequente necessidade de ter que arcar com todas as despesas e tributos inerentes ao imóvel, tudo deve ser cuidadosamente analisado e ponderado.

Havendo acordo para renegociação do contrato escrito é necessário celebrar aditamento prevendo as novas condições acordadas. Importante acrescentar que, tendo em vista o caráter emergencial, a proposta com aceite via arquivo eletrônico serve como prova em caso de discussão uma contestação futura.

Na impossibilidade de celebração de acordo, o locatário poderá ingressar com ação judicial para revisão do valor pago em razão da situação e até para consignação de eventuais valores que reputa adequadamente devidos em virtude da crise, evitando a ação de despejo nos termos do artigo 68 da Lei nº 8245/90.

O locador poderá, a seu critério, ingressar com ação de despejo por falta de pagamento ou pagamento a menor, e cobrança de eventuais valores em atraso, salientando que poderá ser concedida liminar ou desocupação entre 20 de março e 30 de outubro, conforme o veto ao artigo 9 da Lei nº 14.010/2020.

---

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 06.

Neste artigo, foi exposto considerações sobre os aspectos gerais dos contratos de locação, dando enfoque, aos contratos de locação residenciais e comerciais, também expos o conceito da teoria da imprevisão e seus requisitos essenciais, bem como, sua aplicação em virtude dos efeitos da pandemia da Covid-19.

A pandemia gerou inúmeros efeitos em diversos setores da economia e sociedade, inclusive nos Tribunais. Destacaram-se os efeitos da pandemia no setor de comércio, em especial no que diz respeito aos contratos de locação comercial e residencial.

Diante dos efeitos da pandemia, a teoria da imprevisão tem sido usada como argumento para a revisão dos contratos de locação no tocante ao aluguel, por isso, foi tratado aqui os conceitos e os requisitos essenciais que permitem a aplicação da referida teoria nos casos concretos gerados em decorrência da pandemia.

Também foi demonstrado que nos contratos de locação residencial o objeto primário, qual seja a moradia do locatário, não foi atingido pelos efeitos da pandemia do Covid-19, ou seja, o locatário continuou tendo o uso pleno e pacífico do imóvel locado, conforme o art.22, incisos I e II, da Lei das Locações, e também não se observou o desequilíbrio interno das obrigações contratuais.

Logo, nos contratos de locação residencial não se verificou um dos requisitos essenciais para a aplicação da teoria da imprevisão, qual seja a onerosidade excessiva, uma vez que os efeitos da pandemia incidem sobre a situação particular de umas das partes, qual seja o locatário e não sobre o imóvel locado.

Já no que diz respeito aos contratos de locação comercial, considera-se que os Governos determinaram o fechamento de estabelecimentos comerciais, shoppings centers, entre outros, inviabilizando o exercício da atividade empresarial nestes locais. O setor ficou impossibilitado de operar com as medidas de isolamento social impostas pelos governos.

A renegociação extrajudicial destes contratos, pautada na boa fé e no bom senso das partes envolvidas, é o caminho mais indicado a se seguir, buscando garantir o equilíbrio econômico financeiro do contrato, ou seja, evitando que apenas uma das partes suporte integralmente os prejuízos decorrentes da pandemia.

O Art. 18 da Lei do Inquilinato permite a qualquer uma das partes fixar, de comum acordo, um novo valor para o aluguel, como também inserir ou modificar a cláusula de reajuste do valor.



Concluindo se assim, locador e locatário podem acordar, por exemplo, a concessão de desconto no valor do aluguel, por prazo determinado ou enquanto durar a Pandemia, ajustando um valor que seja proporcional ao tempo de fechamento ou baixa de vendas sofrida pelo locatário. Lembrando que, ainda que a atividade comercial esteja suspensa naquele ponto, até a devolução do imóvel o contrato continua em vigor e é preciso cumprir as mensalidades enquanto houver a posse no imóvel.

Outra alternativa, seria ajustar desconto por prazo determinado, e prorrogação do pagamento do valor para período posterior como por exemplo: desconto de 50% do valor do aluguel por 3 meses.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1179/2020*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2247564>>. Acesso em: 30 jun 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.979*, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13979\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979_compilado.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.245*, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8245\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8245_compilado.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho de Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil Disponível, Enunciados aprovados*. em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>>. Acesso em: 30 jun. 2020.





\_\_\_\_\_. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado n° 22*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/668>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 14.010*, de 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Espírito Santo, *Agravo de Instrumento n° 0000172-22.2019.8.08.0019*, Relator: Namyrr Carlos de Souza Filho, Órgão julgador: Segunda Câmara Cível, Data de Julgamento: 07 mai. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: obrigações*. 10.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

JURISWAY. *Qual a diferença entre os princípios "pacta sunt servanda" e "rebus sic stantibus"?* Disponível em: <<https://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=8709>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal et al. 2020. *Covid-19 e o Direito Brasileiro*. Kindle Edition, 2020.

MIGALHAS. *A lei 14.010/20 e o Direito Imobiliário: imperfeita e necessária*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/328822/a-lei-14010-20-e-o-direito-imobiliario-imperfeita-e-necessaria>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

SILVA, Caio Mario Pereira da; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

TARTUCE, Flávio. *Devagar com o andar: Coronavírus e contratos*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/823664719/devagar-com-o-andor-coronavirus-econtrat>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LIMITES INTERPRETATIVOS DA LEI PENAL E POLÍTICA CRIMINAL  
CONSTITUCIONAL: O LUGAR DOS FILHOS ADOTIVOS NO HOMICÍDIO  
FUNCIONAL INCLUÍDO PELA LEI Nº 13.142/15

Júlia Linhares Costa

Graduada pela Universidade Estadual de Montes  
Claros. Advogada.

**Resumo** – a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.142/2015 suscitou acalorados debates doutrinários acerca do âmbito de incidência da norma penal. Diante da previsão legal do termo “consanguíneos”, contido no tipo qualificado do homicídio funcional, passou-se a questionar qual seria a tutela penal da filiação adotiva, principalmente diante da vedação constitucional ao tratamento discriminatório entre filiações. O presente trabalho busca, portanto, analisar a controvérsia envolvendo a Constituição Federal como parâmetro a ser observado pela legislação infraconstitucional e o princípio da legalidade estrita do direito penal.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Direito Constitucional. Homicídio Funcional. Princípio da Legalidade. Interpretação Constitucional.

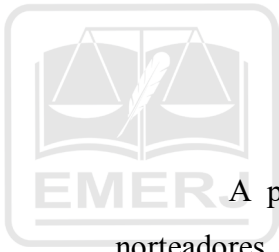
**Sumário** – Introdução. 1. Os princípios constitucionais como vetores integrativos e interpretativos do direito penal. 2. O princípio da legalidade ou reserva legal como limitação ao poder punitivo estatal. 3. A alteração legislativa promovida pela lei nº 13.142/2015 e a situação jurídica do filho adotivo. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de uma interpretação progressista constitucional da legislação penal, a fim de que os filhos adotivos sejam abarcados pela qualificadora do homicídio funcional previsto no art. 121, §2º, VII do Código Penal.

A Lei nº 13.142 de julho de 2015 trouxe algumas alterações à legislação penal, dentre as quais incluiu uma qualificadora ao crime de homicídio, inserindo o inciso VII ao §2º do artigo 121 do Código Penal. A referida qualificadora ficou conhecida na doutrina como “homicídio funcional” e visa apenar de forma mais severa o crime de homicídio cometido contra determinadas autoridades e agentes, no exercício da função ou em decorrência dela, bem como contra alguns de seus familiares.

Ocorre que, o mencionado tipo qualificado, intencionalmente ou não, limitou o seu cabimento ao prever ser aplicável nas hipóteses em que o crime for cometido em desfavor dos parentes consanguíneos.



A partir da previsão expressa do termo “consanguíneos” e à luz dos princípios norteadores do direito penal, dentre os quais o princípio da legalidade estrita e tipicidade, surgiu o questionamento acerca da aplicação da qualificadora nos casos de filiação adotiva.

A discussão é controvertida e torna-se relevante diante da previsão constitucional contida no art. 227, §6º, CRFB/88, que impede qualquer tipo de tratamento discriminatório entre a filiação consanguínea e adotiva, corolário do princípio da isonomia.

Ante as repercussões práticas, distintas conforme o entendimento adotado, o presente trabalho busca analisar se a inclusão da filiação adotiva no tipo qualificado seria espécie de interpretação constitucional progressista ou analogia *in malam partem*.

Para melhor compreensão do assunto, inicia-se o trabalho examinando o papel integrativo dos princípios constitucionais, sobretudo aqueles aplicáveis ao direito penal, que devem servir de baliza para todo ordenamento jurídico infraconstitucional, desde a sua criação até o momento de sua aplicação.

Em seguida, o segundo capítulo analisa o princípio da legalidade ou reserva legal, que constitui efetivo limitador ao exercício do poder punitivo estatal, demonstrando como o referido princípio pode constituir óbice a interpretações pautadas em questões de política criminal constitucional.

O terceiro capítulo trabalha as alterações trazidas pela Lei nº 13.104/15, com enfoque principal ao homicídio funcional, e sua interpretação diante da previsão constitucional que proíbe o tratamento diferenciado entre a filiação consanguínea e adotiva. Busca-se analisar qual o lugar dos filhos adotivos na tutela penal com o advento da referida Lei, e defender o necessário dever de observância à Constituição Federal, sem que isso implique em analogia *in malam partem*.

Para tanto, a abordagem desta pesquisa jurídica é qualitativa, uma vez que visa sustentar, por meio das fontes de base, uma tese e não quantificar dados por metodologia específica. Além disso, quanto aos objetivos, é desenvolvida de maneira explicativa, pois a pesquisadora vai sustentar uma opinião acerca da matéria controvertida no direito, fundamentando essa opinião com base na bibliografia pertinente, na legislação e, eventualmente, na jurisprudência, razão pela qual mostra-se também como bibliográfica.

## 1. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO VETORES INTEGRATIVOS E INTERPRETATIVOS DO DIREITO PENAL

O Direito Penal é um ramo da ciência jurídica, que pode ser definido como o conjunto de normas que regula comportamentos sociais lesivos a bens jurídicos relevantes. A contextualização do Direito Penal vigente, bem como dos princípios a ele aplicáveis, pode ser melhor compreendida a partir da análise e comparação do Direito repressivo de outros períodos da civilização.

Nos dizeres de Galvão<sup>1</sup>, “para melhor compreendermos os fundamentos do Direito Penal contemporâneo é necessário examinar como a intervenção punitiva se concilia com a tutela dos direitos fundamentais em suas diversas dimensões.”.

A atividade repressiva estatal, bem como a sua base principiológica, irá acompanhar a evolução do Estado e a ideologia acolhida pela Constituição. Conforme sustenta, ainda, Galvão<sup>2</sup>, “o Direito penal, como qualquer outro ramo do Direito, tem suas raízes de legitimidade nas opções políticas expressas na Constituição”.

Segundo Bitencourt<sup>3</sup>, no Brasil a evolução do Direito Penal pode ser analisada tendo por base as três principais fases históricas do País, quais sejam: o período colonial, o período imperial e o período republicano.

O início do período colonial foi marcado pela aplicação do Direito lusitano ao território brasileiro. A doutrina<sup>4</sup> costuma associar esse período a marcantes traços de violência e crueldade, sendo que o Direito Penal da época “orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições”. Princípios norteadores do atual Direito Penal, tal qual o princípio da legalidade, não eram previstos no ordenamento jurídico brasileiro colonial, ficando à mercê do julgador a escolha da sanção aplicável.

Ressalta Araújo<sup>5</sup> que, com a proclamação da Independência (1822), surge a necessidade de criação de nova legislação, o que, entretanto, só ocorreu dois anos após, com a promulgação da primeira Constituição do Brasil. Nesse período, importante destacar, ainda, a edição do Código Criminal em 1830, que é tido como o primeiro Código autônomo da América Latina, exercendo influência em várias legislações pelo mundo.

---

<sup>1</sup> GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 115.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>3</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 89.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>5</sup> ARAUJO, Fernando Roque. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 148-149.



Embora inovador, o Código de 1830 espelhava retrocesso em diversos dispositivos, dentre os quais aquele que previa a pena de morte. Por essa razão, após a abolição da escravidão e a proclamação da República, sentiu-se a necessidade de criação de um novo ordenamento jurídico que atendesse a nova realidade social e política. Nesse contexto, é promulgado o primeiro Código Penal da República, em 1890.

O Código de 1890, muito criticado pela doutrina da época, sofreu uma série de alterações legislativas, o que ensejou a criação da denominada “Consolidação das Leis Penais” em 1930, capitaneada por Vicente Piragibe.

Posteriormente, sob a égide do Regime Ditatorial do Estado Novo, foi aprovado, em 1940, o atual Código Penal Brasileiro<sup>6</sup> que, embora tenha sido objeto de algumas alterações, continua vigente até os dias atuais.

Embora aprovado em 1940, o Código Penal, assim como todo o ordenamento jurídico brasileiro à época, sofreu grandes impactos com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>7</sup> de 1988 (CRFB/88), que, já em seu artigo 3º, consagrou dentre os objetivos fundamentais da República a liberdade, a justiça e a solidariedade.

A compreensão do Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, inaugurado pelo artigo 1º da Constituição Federal<sup>8</sup>, revela a ideia de um sistema jurídico nacional caracterizado pela ordenação e unidade, que tem como pressupostos o respeito aos direitos humanos e pelas garantias fundamentais.

Ademais, conforme Galvão<sup>9</sup>, em um Estado Constitucional, a produção normativa infraconstitucional, bem como a atuação dos operadores do direito encontra fundamento e limitação na Constituição, sendo que “o correto entendimento da Constituição pressupõe percebê-la como sistema interno de articulação de princípios fundamentais”.

Nos dizeres de Nucci<sup>10</sup>:

o ordenamento jurídico constitui um sistema lógico e coordenado, imantado por princípios, cuja meta é assegurar a coerência na aplicação das normas de diversas áreas do Direito. Dentre os vários significados do termo *princípio*, não se pode deixar de considerá-lo a causa primária de algo ou o elemento predominante na composição de um corpo. Juridicamente, o princípio é, sem dúvida, uma norma,

<sup>6</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2019.

<sup>7</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2017.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> GALVÃO, op. cit., p. 116.

<sup>10</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 27.

porém de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Devendo, o ordenamento, subordinação aos preceitos constitucionais, torna-se de suma importância a análise acerca das normas e princípios consagrados pela carta constitucional. Importante ressaltar que, ultrapassada a visão positivista da hermenêutica clássica, há o reconhecimento acerca da normatividade dos princípios, que passam a ser base do ordenamento jurídico.

Os princípios constitucionais, consistentes em verdadeiras normas com elevado grau de generalidade, desempenham relevante função integrativa e interpretativa do ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Além de representarem vetores a serem observados na criação das mais variadas normas, revelam diretrizes a serem seguidas na interpretação e aplicação do direito. Conforme assevera Araújo<sup>11</sup>:

[...] deve o legislador se pautar pelos princípios ao definir as condutas criminosas e as respectivas sanções (fase de previsão). De igual sorte, deve o magistrado se orientar pela principiologia do Direito Penal ao julgar os processos criminais (fase de aplicação). Por fim, devem o magistrado e o administrador obediência aos princípios quando do acompanhamento do cumprimento das penas (fase de execução).

Embora o estudo do direito seja dividido em matérias, tal divisão se dá por motivos estritamente didáticos, devendo o ordenamento jurídico ser compreendido em sua unicidade e ordenação. Nesse sentido, o conjunto de normas e princípios em vigor, sobretudo os constitucionais, devem orientar a construção, interpretação e aplicação de todos os segmentos do direito, inclusive do direito penal.

Assim, sustenta Masson<sup>12</sup> que “as regras e princípios constitucionais são os parâmetros de legitimidade das leis penais e delimitam o âmbito de sua aplicação.”. De acordo com o autor<sup>13</sup>, o direito penal encontra seu fundamento de validade ao adequar-se às liberdades, garantias e direitos previstos na Constituição Federal<sup>14</sup>.

Ainda que as fontes formais secundárias, tal qual a Constituição Federal<sup>15</sup>, os costumes e princípios gerais do direito, exerçam importante papel integrativo no ordenamento jurídico, no âmbito do direito penal o tema torna-se mais sensível. Ao tutelar bens jurídicos relevantes, e cominar penas que restringem o direito fundamental à liberdade, a interpretação

<sup>11</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 77.

<sup>12</sup> MASSON, Cleber. *Direito Penal: Parte Geral*. 11. ed. V. 1. São Paulo: Forense, 2017, p. 7.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>15</sup> Ibid.



e aplicação do direito penal encontra alguns limites em sua fonte formal imediata, ou seja, a lei. Nesse contexto, ganham relevância princípios como o da legalidade ou reserva legal penal.

## 2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OU RESERVA LEGAL COMO LIMITAÇÃO AO PODER PUNITIVO ESTATAL

Embora relevantes nos mais variados ramos do direito, os princípios exercem um papel expressivo no Direito Penal, visto que constituem efetiva limitação ao poder de punir estatal. De acordo com Araújo<sup>16</sup>, através dos princípios constitucionais, expressos e implícitos, aplicáveis ao Direito Penal, torna-se possível a delimitação da maneira como se exprime esse poder punitivo.

Sustenta Galvão<sup>17</sup> que, “no Estado Democrático de Direito, os princípios penais devem limitar a atividade repressiva, estabelecendo quais são as garantias inafastáveis da liberdade individual”.

Dentro desse contexto, exerce papel expressivo o princípio da legalidade ou reserva legal. Ressalte-se que, embora a maioria da doutrina utilize tais expressões como sinônimas, há quem defenda haver distinção entre elas. Nesse sentido, Barros<sup>18</sup> sustenta que a legalidade abrangeria as diversas espécies normativas, possibilitando a adoção de qualquer dos diplomas previstos no artigo 59 da Constituição Federal<sup>19</sup>; por outro lado, ao tratar do princípio da reserva legal, haveria a limitação da criação legislativa, de forma que a definição do crime, bem como a cominação da pena respectiva, só poderia se dar por meio de lei em sentido estrito, seja lei ordinária ou complementar.

Acompanhando a doutrina majoritária, o princípio da legalidade ou da reserva legal, insculpido no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal<sup>20</sup>, atua como fundamento e limite do poder estatal de intervir na liberdade individual ao preceituar a exclusividade da lei para criação de delitos e cominação de penas. Conforme Masson<sup>21</sup>, o referido princípio possui notório viés democrático, “pois revela a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal.”.

<sup>16</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 77.

<sup>17</sup> GALVÃO, op. cit., p. 135.

<sup>18</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal: Parte Geral*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 29-30.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> MASSON, op. cit., p. 24.

Greco<sup>22</sup> sinaliza a Magna Carta Inglesa (1215), editada ao tempo do Rei João Sem Terra, como a origem do referido princípio, ressaltando, contudo, a importância da Revolução Francesa no desenvolvimento do mesmo, que passou a dar à legalidade os contornos tais quais atualmente exigidos pelo Direito Penal.

Segundo o Autor<sup>23</sup>, “o princípio da legalidade foi previsto expressamente em todos os nossos Códigos, desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940, ocorrida em 1984”.

Deve-se reconhecer que o princípio da reserva legal exerce funções fundamentais no mundo fático e jurídico, funções estas diretamente associadas à ideia de segurança jurídica. De acordo com Masson<sup>24</sup>, o fundamento jurídico da reserva legal é traduzido na taxatividade, que deverá ser observada pelo legislador, a partir da criação certa e determinada do tipo penal, bem como pelo Judiciário, que se encontra vinculado ao mandamento legal.

Essa ideia é sabiamente traduzida por Queiroz<sup>25</sup>:

o princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao Judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio.

Depreende-se, portanto, que o princípio da reserva legal exerce importante limitação ao exercício do poder punitivo estatal, de forma que Masson<sup>26</sup> evidencia, ainda, o seu fundamento político, este consistente na preservação do cidadão frente ao arbítrio estatal no desempenho de seu poder punitivo.

Nesse cenário, Greco<sup>27</sup> reconhece à reserva legal algumas funções fundamentais. Para além da exigência da previsão legal criando o tipo incriminador, extrai-se da estrita legalidade as proibições da retroatividade da lei penal; da criação de crimes e penas pelos costumes; do emprego de analogia em prejuízo do agente; bem como das incriminações vagas e indeterminadas.

O exercício do poder punitivo, portanto, é condicionado à existência prévia de lei penal escrita, certa e determinada, repudiando-se conceitos vagos e imprecisos que ampliem a discricionariedade estatal. Trata-se de elogiável garantia constitucional, que visa preservar

---

<sup>22</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 94-95.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>24</sup> MASSON, op. cit., p. 25.

<sup>25</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 23-24.

<sup>26</sup> MASSON, op. cit., p. 25.

<sup>27</sup> GRECO, op. cit., p. 96.





princípios fundamentais do ordenamento jurídico, tais quais o da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos respectivamente nos artigos 1º, inciso III e 5º, caput da Constituição Federal<sup>28</sup>.

A jurisprudência<sup>29</sup>, inclusive, tem reiterado seu entendimento segundo o qual o princípio da reserva legal atua como restrição constitucional ao aplicador da lei, cuja competência jurisdicional não lhe permite atuar além dos limites legais, sob pena de incorrer em atribuição legislativa e violar o princípio da separação dos poderes.

Saliente-se, entretanto, que, ainda que a criação normativa esteja à cargo do Poder Legislativo, o princípio da reserva legal também delimita o exercício de suas funções. Isso porque, conforme Greco<sup>30</sup>, a observância do referido princípio em seu aspecto material, pressupõe uma elaboração legislativa que veicule conteúdo compatível com as imposições e proibições constitucionais.

Dessa forma, a aceitação da lei penal em nosso ordenamento jurídico exige não apenas o cumprimento das formas e procedimentos necessários à sua criação e impostos pela Constituição<sup>31</sup>, mas também a análise substancial do conteúdo proibitivo. Ferrajoli<sup>32</sup> adverte acerca da indispensável submissão ao princípio da igualdade e aos direitos fundamentais “que de modo diverso limitam e vinculam o poder legislativo excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos”.

Nesse aspecto, há um sistema de controle mútuo entre os Poderes, para fiel observância dos preceitos constitucionais em todas as fases do Direito Penal, desde a criação legislativa, até a fase de aplicação da norma. Assim, ainda que o princípio da reserva legal importe em verdadeira limitação à discricionariedade judicial, deve-se reconhecer a existência de um inafastável campo de atuação do poder judiciário, sobretudo em defesa da Constituição Federal e dos direitos e garantias individuais.

Sabidamente Queiroz<sup>33</sup> trata do tema, explicando que:

como guardião da legalidade constitucional, a missão primeira do juiz, em particular do juiz criminal, antes de julgar os fatos, é julgar a própria lei a ser aplicada, é julgar, enfim, a sua compatibilidade – formal e substancial – com a Constituição, para, se a entender lesiva à Constituição, interpretá-la conforme a Constituição ou,

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>29</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 92.010*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8701049/habeas-corporus-hc-92010-es-2007-0236146-4-stj/relatorio-e-voto-13756006>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

<sup>30</sup> GRECO, op. cit., p. 98-99.

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>32</sup> FERRAJOLI apud GRECO, op. cit., p. 98.

<sup>33</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 39.

não sendo isso possível, deixar de aplicá-la, simplesmente, declarando-lhe a inconstitucionalidade.

Revestem-se de importância, nesse cenário, os papéis integrativos e interpretativos dos princípios constitucionais, que se prestarão a nortear a atuação do judiciário na busca pelo ajuste aos ideais jurídico-penais e de justiça. Essa atuação, contudo, não é isenta de críticas e ressalvas, pois, conforme mencionado, ao tutelar direito sensível tal qual a liberdade, o direito penal se reveste de garantias a fim de limitar o poder punitivo estatal.

### 3. A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PROMOVIDA PELA LEI Nº 13.142/2015 E A SITUAÇÃO JURÍDICA DO FILHO ADOTIVO

Conforme analisado, no âmbito do Direito Penal, a construção, análise e aplicação da lei é tema que se torna bastante sensível e controverso. Se, por um lado, o poder punitivo estatal encontra limites no princípio da legalidade, por outro, a compreensão do ordenamento jurídico como uno e subordinado aos preceitos constitucionais impõe ao aplicador da norma um necessário exercício interpretativo.

Nesse cenário, a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.142<sup>34</sup>, de 6 de julho de 2015 suscitou acalorado debate acadêmico a respeito do âmbito de incidência da norma penal. A referida Lei<sup>35</sup>, dentre suas inovações, incluiu o inciso VII no §2º do artigo 121 do Código Penal<sup>36</sup>, passando a prever o que a doutrina<sup>37</sup> convencionou chamar de homicídio funcional. Trata-se, em verdade, de nova circunstância qualificadora do crime de homicídio na hipótese em que este delito for praticado contra autoridades e agentes de segurança pública ou seu parente consanguíneo até terceiro grau.

Ocorre que a redação apresentada pela Lei nº 13.142/2015<sup>38</sup>, ao falar em “contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau”, acabou por excluir da proteção legislativa os filhos adotivos, gerando intensa controvérsia doutrinária envolvendo, principalmente, os princípios constitucionais da legalidade e da igualdade.

<sup>34</sup> BRASIL. *Lei nº 13.142*, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13142.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13142.htm#art1)>. Acesso em: 30 abr. 2020.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>37</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. Homicídio funcional: primeiras ideias. *Carta Forense*, São Paulo/SP, ano 2001, ago. 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/homicidio-funcional--primeiras-ideias/15642>>. Acesso em: 03 mai. 2020.

<sup>38</sup> BRASIL, op. cit., nota 34.



Isso porque, para além da previsão genérica do princípio da isonomia contida no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal<sup>39</sup>, a dita Carta Constitucional previu expressamente em seu artigo 227, §6º<sup>40</sup> que “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.”.

A respeito do mencionado dispositivo constitucional, importantes os dizeres de José Afonso da Silva<sup>41</sup> ao afirmar que “O art. 227, §6º, contém importante norma relativa ao *direito de filiação*, reconhecendo igualdade de direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibidas quaisquer designações discriminatórias a ela relativas”.

Saliente-se que o princípio da igualdade está profundamente ligado ao Estado Democrático de Direito, devendo ser interpretado a partir de seus três aspectos, que asseguram não só a igualdade do direito, mas também a uniformidade de tratamento e, ainda, a proibição da discriminação, conforme preceituam Peixoto e Barbosa<sup>42</sup>.

Ainda segundo os autores<sup>43</sup>, a alteração promovida pela Lei nº 13.142/2015, ao excluir os parentes não consanguíneos, acabou por fomentar a discriminação entre a filiação biológica e adotiva, “uma vez que, se o crime for praticado contra o primeiro, é configurado homicídio qualificado e hediondo, e, se praticado contra o último, resta caracterizado homicídio simples.”.

Dessa forma, ainda que o campo de abrangência do Direito Penal seja limitado pelo princípio da legalidade e pela sua inerente fragmentariedade e subsidiariedade, não podem os operadores do direito se olvidarem de que, conforme Greco<sup>44</sup>, o ordenamento infraconstitucional pátrio deve ser sempre apreciado de acordo com os preceitos constitucionais, sob pena de ter declarada sua invalidade jurídica.

É importante ressaltar expressiva corrente doutrinária, representada por autores como Damásio de Jesus<sup>45</sup> e Rogério Greco<sup>46</sup>, que defende a estrita observância da legalidade,

<sup>39</sup> BRASIL, op., cit., nota 7.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 849.

<sup>42</sup> PEIXOTO, Ana Raquel de Mattos; BARBOSA, Igor de Andrade. A situação jurídica do filho adotivo no homicídio funcional. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, ano 31, nº 1618, mai. 2019. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/4407/a-situacao-juridica-filho-adotivo-homicidio-funcional>>. Acesso em: 03 mai. 2020.

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> GRECO, op. cit., p. 42.

<sup>45</sup> JESUS, op. cit., nota 37.

<sup>46</sup> GRECO, Rogério. Discussões sobre a Lei 13.142, de 06.07.2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo/SP, ano 2015, fev. 2017. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/)>

entendendo que a interpretação segundo a qual a qualificadora abarca os filhos adotivos importaria em analogia *in malam partem*, proibida no direito penal. De acordo com essa orientação, portanto, ainda que a norma infraconstitucional vá de encontro aos preceitos constitucionais, caso o homicídio seja praticado contra filho adotivo de algum dos agentes descritos nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal<sup>47</sup>, não será possível a aplicação da qualificadora do homicídio funcional, diante da ausência de previsão legal.

Entretanto, com a devida vênia ao entendimento esposado, a percepção do ordenamento jurídico em sua unicidade e, sobretudo, submissão à Constituição Federal, impede que a norma penal em comento seja aplicável de tal maneira discriminatória. A lei penal infraconstitucional, ao buscar seu fundamento de validade na Constituição, não pode a ela se opor, principalmente existindo regra específica expressa que impõe a equiparação de tratamento entre filiações.

Dessa forma, nos dizeres de Barros<sup>48</sup>

se o mandamento constitucional preconiza que os filhos adotivos são equiparados aos consanguíneos, a ilação lógica é a de que quem mata, por motivo funcionais, filho adotivo de uma das pessoas elencadas no 121, § 2º, VII, do Código Penal, comete homicídio funcional. Não estamos fazendo uso da analogia *in malam partem*, pois não existe lacuna a ser preenchida e a norma constitucional não permite fazer nenhuma discriminação.

Ademais, merece exploração a ciência da política criminal, que analisa o estudo do Direito Penal a partir da interpretação do componente teleológico por detrás da norma proibitiva. Nos dizeres de Zaffaroni<sup>49</sup>, “o bem jurídico tutelado, escolhido como decisão política, é o componente teleológico que nos indica o fim da norma”.

Nesse sentido, a partir da análise do fundamento político que deu origem à qualificadora do homicídio funcional, qual seja, a necessária proteção diferenciada aos agentes de segurança pública e seus familiares, não se mostra razoável ou proporcional que apenas a filiação consanguínea seja protegida, sob pena de se aceitar a vigência no ordenamento jurídico de verdadeira aberração jurídica.

---

doc\_biblioteca/ bibli\_servicos\_ produtos/bibli\_ boletim/bibli\_bol\_2006/RTrib\_n.962.14.PDF>. Acesso em: 03 mai. 2020.

<sup>47</sup> BRASIL, op., cit., nota 7.

<sup>48</sup> BARROS, Francisco Dirceu. Os agentes passivos do homicídio funcional: Lei nº 13.142/2015. A controvérsia da terminologia autoridade e o filho adotivo como agente passivo do homicídio funcional. *Revista Jus Navegandi*, Teresina, ano 20, nº 4.418, ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41302/os-agentes-passivos-do-homicidio-funcional-lei-n-13-142-2015>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

<sup>49</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. V. 1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



Masson<sup>50</sup> ressalta, ainda, que “essa ciência analisa de forma crítica a dinâmica dos fatos sociais e, comparando-a com o sistema penal vigente, propõe inclusões, exclusões ou mudanças, visando atender o ideal de justiça, colaborando, pois, com a Dogmática Penal”.

Conforme foi dito, o adequado exercício da atividade jurisdicional importa no necessário dever de observância da Constituição Federal como norma fundante, que deve ser parâmetro de validade de todo ordenamento jurídico. Assim sendo, além do controle de constitucionalidade, exercido pelas várias instâncias do Poder Judiciário, reconhece-se os papéis integrativos e interpretativos dos princípios e normas constitucionais, que devem nortear, portanto, a aplicação do direito.

Por conseguinte, enquanto não declarada a inconstitucionalidade material do artigo 121, §2º, inciso VII do Código Penal<sup>51</sup>, cabe ao Poder Judiciário interpretar o referido dispositivo conforme a Constituição Federal, a fim de considerar qualificado o homicídio praticado em detrimento dos filhos adotivos dos agentes descritos nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, quando em razão da função exercida.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve como objeto principal a análise acerca da alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.142/15 e o embate doutrinário relacionado às hipóteses de incidência do homicídio funcional. O enfrentamento da questão foi pautado no estudo acerca dos sujeitos passivos abarcados pela modalidade qualificada contida no artigo 121, §2º inciso VII do Código Penal, sobretudo diante do conflito aparente entre os princípios constitucionais da isonomia e da legalidade estrita.

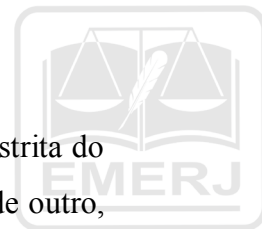
A inclusão do tipo qualificado, promovida pela Lei nº 13.142/15, teve como escopo a tutela penal mais gravosa nas hipóteses em que o homicídio é praticado em detrimento de determinados agentes integrantes do sistema prisional e da segurança pública nacional, bem como de seus familiares.

A inserção do dispositivo legal ao ordenamento jurídico foi pautada em questões legítimas de política criminal, tendo por base, principalmente, o princípio da isonomia em seu aspecto material. Entretanto, ao tratar das vítimas do referido delito, o dispositivo legal previu a expressão “consanguíneos”, o que acabou gerando uma controvérsia doutrinária acerca da amplitude do tipo penal.

---

<sup>50</sup> MASSON, op. cit., p. 14.

<sup>51</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.



De um lado, a doutrina que sustenta que, diante do princípio da legalidade estrita do direito penal, não seria possível o alcance da filiação adotiva pelo dispositivo legal; de outro, o entendimento segundo o qual, ante à vedação expressa contida no artigo 227, §6º da Constituição Federal, a interpretação constitucional da norma penal impõe a compreensão de que são também vítimas do homicídio funcional os filhos adotivos dos agentes ali determinados.

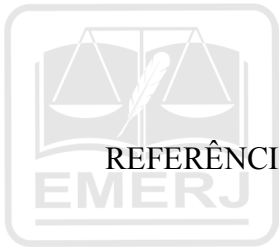
Como consequência das ponderações fundamentadas feitas ao longo da pesquisa, foi possível concluir que, embora o princípio da legalidade desempenhe importante papel no âmbito do direito penal, consistindo em efetiva limitação ao exercício do poder punitivo estatal, não se pode olvidar que a Constituição Federal constitui parâmetro inafastável de interpretação da legislação infraconstitucional.

A conclusão a que se chegou esta pesquisadora consiste na ideia de que, embora o artigo 121, §2º inciso VII do Código Penal tenha, intencionalmente ou não, falado em filiação consanguínea, a sua constitucionalidade material exige o alcance da filiação adotiva.

Os principais argumentos utilizados baseiam-se na ideia de que a Constituição Federal consiste em fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, de forma que a legislação, desde o momento da sua criação, até a fase de aplicação, deve ter como parâmetro as normas contidas na Carta Magna. Por essa razão, a partir do momento que o artigo 227, §6º expressamente veda o tratamento discriminatório entre filiações, não poderia o legislador infraconstitucional fazê-lo.

A partir de uma análise associada à política criminal constitucional da norma, não se mostra razoável ou proporcional que apenas a filiação consanguínea seja abarcada pelo homicídio qualificado. A razão de ser da norma penal indica que a tutela especial dada a essas vítimas deve abranger aqueles que estão intimamente ligados a determinados agentes da segurança nacional, não sendo coerente que o assassinato cometido em desfavor de filho adotivo seja tratado de maneira mais benevolente.

A tese defendida neste trabalho consiste, portanto, na interpretação constitucional do homicídio funcional, a fim de que o referido dispositivo seja aplicado nas hipóteses em que a vítima do homicídio for filho adotivo dos agentes previstos nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal. Não se trata de analogia *in malam partem*, mas tão somente aplicação de norma constitucional, que expressamente impõe o tratamento igualitário entre filiações.



## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando Roque. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Salvador: JusPodivm, 2018.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal: Parte Geral*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROS, Francisco Dirceu. Os agentes passivos do homicídio funcional: Lei nº 13.142/2015. A controvérsia da terminologia autoridade e o filho adotivo como agente passivo do homicídio funcional. *Revista Jus Navegandi*, Teresina, ano 20, nº 4.418, ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41302/os-agentes-passivos-do-homicidio-funcional-lei-n-13-142-2015>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/del2848compilado.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.142*, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13142.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13142.htm#art1)>. Acesso em: 30 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 92.010*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8701049/habeas-corpus-hc-92010-es-2007-0236146-4-stj/relatorio-e-voto-13756006>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal: Parte Geral*. 12. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

\_\_\_\_\_. Discussões sobre a Lei 13.142, de 06.07.2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo/SP, ano 2015, fev. 2017. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.962.14.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.962.14.PDF)>. Acesso em: 03 mai. 2020.

JESUS, Damásio Evangelista de. Homicídio funcional: primeiras ideias. *Carta Forense*, São Paulo/SP, ano 2001, ago. 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/homicidio-funcional--primeiras-ideias/15642>>. Acesso em: 03 mai. 2020.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: Parte Geral*. 11. ed. V. 1. São Paulo: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



PEIXOTO, Ana Raquel de Mattos; BARBOSA, Igor de Andrade. A situação jurídica do filho adotivo no homicídio funcional. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, ano 31, nº 1618, mai. 2019. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/4407/a-situacao-juridica-filho-adotivo-homicidio-funcional>> . Acesso em: 03 mai. 2020.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. V. 1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.





## LITÍGIO COLETIVO POSSESSÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: AÇÃO COLETIVA PASSIVA OU LITISCONSÓRCIO PASSIVO MULTITUDINÁRIO?

Júlia Magalhães de Azeredo Santos

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

**Resumo** – este artigo objetiva analisar o litígio coletivo possessório sob a luz da sistemática da ação coletiva passiva. Primeiramente, busca-se investigar as posições dicotômicas na doutrina pátria acerca da existência da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro. Examina-se, ainda, a natureza jurídica do litígio coletivo possessório, a partir da análise das técnicas processuais de cunho coletivo ou individual estabelecidas na sua positivação no Código de Processo Civil de 2015. Por fim, enfrentam-se as problemáticas atinentes à previsão atual dos litígios coletivos possessórios, com a proposta de novas técnicas processuais aplicáveis para o cumprimento do princípio do devido processo legal.

**Palavras-chave** – Direito Processual Civil. Ação Coletiva Passiva. Litígio Coletivo Possessório.

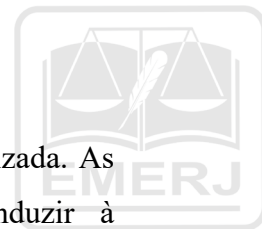
**Sumário** – Introdução. 1. A admissibilidade da ação coletiva passiva no processo coletivo brasileiro. 2. A natureza jurídica do litígio coletivo possessório no Código de Processo Civil. 3. Uma proposta de *lege ferenda* de alteração do regramento do litígio coletivo possessório. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute as soluções conferidas pelo Código de Processo Civil aos litígios coletivos possessórios, sob o prisma de alocação dessas demandas no âmbito das ações coletivas passivas (*defendant class actions*) ou do litisconsórcio passivo multitudinário. Para isso, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a discutir a qualificação dos litígios coletivos possessórios, como ações individuais ou coletivas.

Na prática judiciária, os conflitos puramente individuais passaram a ceder espaço aos conflitos coletivos, que ampliam o seu alcance, ao envolverem direitos e interesses metaindividuais ou transindividuais, isto é, interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assim, o processo coletivo no Brasil atingiu significativo grau de sofisticação, sendo construído um modelo de microsistema de tutela coletiva brasileiro.

Em que pese a robustez do regramento acerca do processo coletivo no Brasil, inexistente previsão legal que admita nominalmente as ações coletivas passivas para a efetivação da



defesa dos direitos lesionados ou ameaçados de lesão por uma coletividade organizada. As incertezas quanto à admissibilidade das ações coletivas passivas pode conduzir à inviabilização da tutela de direitos lesionados ou ameaçados de lesão de forma coletiva ou repetitiva.

Nesse cenário, o Código de Processo Civil de 2015 inovou no sentido do reconhecimento do impacto coletivo às demandas possessórias com coletividades não passíveis de identificação no polo passivo. Por meio de suas disposições, o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de ajuizamento de ações contra pessoas indeterminadas ou indetermináveis, diante da impossibilidade de identificação e qualificação de todos os réus.

A partir disso, pretende-se analisar qual seria a interpretação correta a ser aplicada ao instituto do litígio coletivo possessório, com positividade inédita na legislação processual civil. Busca-se elucidar a sua natureza jurídica, para que, então, seja possível determinar as regras aplicáveis a tais conflitos, se as atinentes ao processo individual ou ao coletivo.

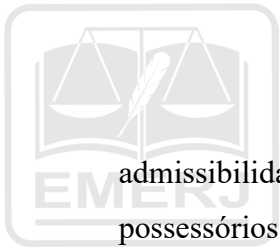
No primeiro capítulo, apresenta-se a dicotomia presente na doutrina pátria acerca da admissibilidade de ações coletivas passivas no âmbito do processo coletivo brasileiro. Demonstra-se a necessidade de admissão das ações promovidas por uma ou mais pessoas contra um grupo de indivíduos, de modo a promover a eficiência processual na resolução de questões comuns, implementando o acesso à justiça.

Em sequência, no segundo capítulo, reflete-se acerca do tratamento do litígio coletivo possessório no Código de Processo Civil de 2015, para determinar se seria hipótese de positividade da ação coletiva passiva ou de litisconsórcio passivo multitudinário. Para tanto, realiza-se uma análise conjunta das disposições contidas nos arts. 178, III, 554, §1º e 565, todos do CPC/15, que tratam do regramento do instituto na legislação processual civil.

Por derradeiro, o terceiro capítulo aborda uma proposta de releitura do instituto do litígio coletivo possessório sob o prisma da tendência atual de coletivização dos interesses. Nesse cenário, procuram-se soluções para questionamentos acerca dos impactos processuais da notificação de pessoas indeterminadas sobre as garantias do contraditório e do devido processo legal, de forma a conferir condições de efetiva defesa à coletividade passiva.

A pesquisa se orientará pelo método hipotético-dedutivo, com a formulação de hipóteses que funcionam como premissas a serem analisadas para saber se podem ser consideradas verdadeiras ou equivocadas.

Com esse intuito, partirá o artigo de uma pesquisa qualitativa, tendo em vista a pretensão de buscar doutrina e jurisprudência para sustentar os argumentos pela



admissibilidade das ações coletivas passivas dentro do contexto dos litígios coletivos possessórios.

## 1. A ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

As ações coletivas passivas são conceituadas como aquelas em que um agrupamento humano é colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na inicial<sup>1</sup>. Além da ocupação do polo passivo da demanda pela coletividade, deve haver um legitimado extraordinário para representar o sujeito passivo, bem como a causa deve se revestir de interesse social, como nas ações coletivas em geral<sup>2</sup>.

A referência para as ações coletivas passivas surge da experiência norte-americana das *defendant class actions*, as quais foram positivadas a partir da *Rule 23* da *Federal Rules of Civil Procedure*. A norma menciona os requisitos necessários para o exercício da ação coletiva, quais sejam, a numerosidade excessiva da coletividade demandada, que impede a formação de um litisconsórcio; a existência de questões de fato ou de direito comuns à classe; a tipicidade dos pedidos em relação aos membros do grupo; e a representatividade adequada em juízo<sup>3</sup>.

Contudo, a importação integral da lógica das *defendant class actions* para o processo coletivo brasileiro encontra algumas dificuldades. Isso porque, na seara processual civil brasileira, a sistemática do processo coletivo é marcada pela ideia de que a coletividade de pessoas deve ocupar o polo ativo da ação, ao assumir na relação jurídico-processual o papel de vítima em face da violação a seus direitos.

Por isso, o regramento aplicável às ações coletivas no Brasil foi moldado para que fossem criados mecanismos para a tutela de direitos transindividuais pela coletividade representada em juízo. Diante desse cenário, quando se questiona acerca da possibilidade de o

<sup>1</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Processo coletivo passivo. In: *Revista Ciên. Jur. e Soc. da Unipar*. Umuarama. v. 11, n. 2, p. 719-736, jul./dez. 2008, p. 720.

<sup>2</sup> Id. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 412.

<sup>3</sup> Tradução livre do original: “*Rule 23 – Class Actions (a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.*”. ESTADOS UNIDOS. *Federal Rules of Civil Procedure – Rule 23*, 1966. Disponível em: <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-class-actions/>>. Acesso em: 03 out. 2019.



grupo, a categoria ou a classe de pessoas ser demandada coletivamente, na pessoa dos seus representantes, há divergências doutrinárias, as quais serão abordadas a seguir.

A parcela da doutrina processual civil<sup>4</sup> que sustenta a ausência de legitimidade passiva à coletividade de pessoas, o faz sob a interpretação sistemática de alguns dispositivos do ordenamento jurídico. Para tal, afirma-se que os dispositivos legais que tratam de legitimação nos processos coletivos referem-se à legitimação de agir, isto é, para que o grupo figure no polo ativo da demanda.

Esse entendimento baseia-se na compreensão de que a redação do art. 5º da Lei nº 7.347/85<sup>5</sup>; do art. 3º da Lei nº 7.853/89<sup>6</sup>; e do art. 91 da Lei nº 8.078/90<sup>7</sup>, somente compreenderiam a legitimidade dos entes coletivos para o ajuizamento de ação, sem o seu reconhecimento para representar indivíduos no polo passivo da demanda<sup>8</sup>. Destarte, sustenta-se que as ações coletivas passivas não contariam com previsão legal expressa, sendo inviável o seu ajuizamento.

Em sentido diverso, a parcela doutrinária<sup>9</sup> que defende a possibilidade de a coletividade ocupar o polo passivo, entende que as ações coletivas passivas expressam o direito de ação, o qual deve ser outorgado ao demandante que busca ver satisfeito o seu interesse que se contrapõe a um interesse transindividual. Assim, a inadmissibilidade de exercício de uma pretensão via ação coletiva passiva seria considerada uma afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, ao negar eficácia ao comando constitucional.

Na busca pela sistematização das ações coletivas passivas, diante da ausência de prévia disposição legal expressa estabelecendo as balizas aplicáveis a essa modalidade de

<sup>4</sup> Por todos: MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90.

<sup>5</sup> A redação do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública é: “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I. o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (...)” BRASIL. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2020.

<sup>6</sup> O texto do art. 3º da Lei 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência é: “As medidas judiciais destinadas à proteção de interesses coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis da pessoa com deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela União, pelos Estados, pelos Municípios, pelo Distrito Federal (...)”. BRASIL. *Lei nº 7.853*, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2020.

<sup>7</sup> O art. 91 do CDC prevê que: “Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”. BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2020.

<sup>8</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 298.

<sup>9</sup> VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis*. 2007, 113 f. Monografia (Disciplina de Direito Processual Civil) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007, p. 26.



ação, entende-se que os limites de sua aplicação devem resultar da análise e aplicação direta dos princípios constitucionais processuais, conjugados com as disposições legais do processo coletivo e individual compatíveis.

Ada Pellegrini Grinover<sup>10</sup>, em fundamentação diversa, pela admissão das demandas, defende que o ordenamento brasileiro, *de lege lata*, prevê as demandas coletivas passivas, ou seja, que a coletividade figure no polo passivo da ação. A autora propõe uma interpretação do microsistema da tutela coletiva para buscar fundamento à admissibilidade das ações coletivas passivas.

Sustenta a autora que a disposição do art. 5<sup>a</sup>, § 2<sup>o</sup>, da Lei nº 7.347/1985<sup>11</sup>, a qual faculta ao Poder Público e a outras associações legitimadas habilitarem-se como litisconsortes de qualquer das partes, pelo fato de ensejar a intervenção em ambos polos da demanda, implicitamente, autorizaria o ajuizamento da ação. Ademais, defende a aplicação da previsão do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor<sup>12</sup>, que ao prever a admissibilidade de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos e interesses protegidos no Código, abrangeria a possibilidade das ações coletivas passivas, no contexto da defesa dos direitos transindividuais.

No contexto das ações coletivas passivas, cabe considerar a lógica de que o réu também é destinatário da tutela jurisdicional no processo, com a resolução justa da controvérsia, especialmente, quando a demanda é julgada improcedente. Esse é o ponto central para se admitir o cabimento da ação coletiva passiva no sistema processual brasileiro<sup>13</sup>. O reconhecimento de que os interesses transindividuais podem ser objeto de pretensão exercida em ações coletivas deve ser compreendido como a outorga de tutela a esses interesses, independentemente do meio pelo qual são veiculados em juízo.

No sentido da legitimidade passiva do grupo de pessoas, o Código Modelo de Processos Coletivos para a Iberoamérica e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos abarcam a possibilidade do ajuizamento de ações coletivas passivas, com a

<sup>10</sup> GRINOVER apud SANT'ANNA, Danilo Barbosa de. *Processo coletivo passivo: um estudo sobre a admissibilidade das ações coletivas passivas*. 2015. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 75.

<sup>11</sup> Dispõe o art. 5<sup>a</sup>, § 2<sup>o</sup>, da Lei nº 7.347/1985, que “fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes”. BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>12</sup> O art. 83 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>13</sup> COSTA, Suzana Henriques da; FRANCISCO, João Eberhardt. Uma hipótese de defendant class action no CPC? O papel do Ministério Público na efetivação do contraditório nas demandas possessórias propostas em face de pessoas desconhecidas, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 250, p. 315-337, dez. 2015, p. 5.



legitimidade passiva de entes coletivos para serem demandados<sup>14</sup>. Nota-se que ambos os projetos disciplinam as ações coletivas passivas e pouco diferem entre si, ao preverem a ocupação no polo passivo de uma coletividade organizada ou uma coletividade com representante adequado.

No âmbito jurisprudencial, a admissibilidade das ações coletivas passivas é igualmente matéria que não encontra pacificação nos Tribunais Superiores, sendo abordada diretamente em poucos julgados. Em posição quanto à sua inadmissão, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.051.302/DF<sup>16</sup> inadmitiu a legitimação passiva de um sindicato, em ação declaratória incidental, em razão da ausência de regulamentação dos processos coletivos passivos, como regra, no direito brasileiro.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal já esposou orientação no sentido da admissibilidade do processo coletivo passivo. No julgamento do Mandado de Segurança nº 26.760/DF, a Corte entendeu que “a partir de uma interpretação sistemática, o ordenamento jurídico admite claramente seja incluída a entidade representante de classe na posição de legitimado passivo nas demandas coletivas”<sup>17</sup>

Nesse cenário, a discussão sobre as ações coletivas passivas, no campo da legislação brasileira, toma novo fôlego com a inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 554, §1º<sup>18</sup>, do litígio coletivo possessório. O referido artigo estabelece a possibilidade de ocupação do polo passivo por um grande número de pessoas, admitindo-se a legitimidade passiva de uma coletividade composta por pessoas indeterminadas.

<sup>14</sup> Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América: “Art. 35. Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2º deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1o) e se revista de interesse social”. BERIZONCE, Roberto: *América*, agosto de 2004. Disponível em: <[https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo\\_portugues\\_final\\_28\\_2\\_2005.pdf](https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_portugues_final_28_2_2005.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2019.

<sup>15</sup> MENDES, Aluísio de Castro. *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Disponível em: <[www.direitouterj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc](http://www.direitouterj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc)>. Acesso em: 05 out. 2019.

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.051.302/DF*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5791441&num\\_registro=200800882108&data=20100428&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5791441&num_registro=200800882108&data=20100428&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 01 out. 2019.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.760/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/12/art20131203-08.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2019.

<sup>18</sup> A redação do art. 554 §1º do CPC é: “A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados. § 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.”. BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 05 out. 2019.



Diante da ausência de regramento em abstrato aplicável às ações coletivas passivas, há ponderações a serem realizadas acerca dos litígios coletivos possessórios, para determinar se o Código de Processo Civil realmente disciplinou uma hipótese de ação coletiva passiva ou deixou de fazê-lo. Para tal, no seguinte capítulo, será analisada a regulamentação do instituto como meio de verificar se há o preenchimento dos requisitos para ser entendido como ação coletiva.

## 2. A NATUREZA JURÍDICA DO LITÍGIO COLETIVO POSSESSÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe a previsão expressa do litígio coletivo pela posse de imóvel, cuja existência já era reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>19</sup>. A previsão do art. 554, §1º, da legislação processual civil<sup>20</sup> é de suma importância para a compreensão do instituto, tendo em vista que norma apresenta três contornos relevantes à análise da natureza jurídica do litígio coletivo possessório.

Primeiramente, o referido artigo conceitua o litígio coletivo pela posse de imóvel como a ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas. Em seguida, estipula a realização de citação pessoal dos ocupantes encontrados no local e citação por edital dos demais. Para finalizar, determina a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a demanda envolva hipossuficientes econômicos.

A previsão específica do litígio coletivo pela posse de imóvel deriva da excepcional impossibilidade de o autor realizar a identificação e individualização de todos os ocupantes do imóvel objeto do litígio. A sistemática do Código de Processo Civil admite tal possibilidade ao estabelecer, em seu art. 319, §3º<sup>21</sup>, a dispensa da apresentação na petição inicial de dados que identifiquem os demandados nos casos em que a sua obtenção se mostrar excessivamente difícil ou impossível, em atenção ao acesso à justiça.

<sup>19</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 28.900/RS*. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199200278604&dt\\_publicacao=03-05-1993&cod\\_tipo\\_documento=3](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200278604&dt_publicacao=03-05-1993&cod_tipo_documento=3)>. Acesso em: 26 nov. 2019.

<sup>20</sup> Consoante previsão do §1º do art. 554 do CPC, “no caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública”. BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>21</sup> A redação do art. 319, §3º do CPC é: “A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça”. Ibid.



Nesse contexto, surge o questionamento acerca de como deve ser visualizado o polo passivo dessa ação, se como uma coletividade agrupada ou como litisconsortes em uma ação individual. Em outras palavras: se o litígio configura uma ação coletiva passiva ou um caso de litisconsórcio passivo multitudinário.

Em alinhamento ao primeiro entendimento, Susana Henriques e João Eberhardt<sup>22</sup> sustentam que o Código de Processo Civil prevê o litígio coletivo pela posse de imóvel como hipótese de ação coletiva passiva, ao defenderem que:

o disposto no § 1.º do art. 554 do CPC parece reconhecer impacto coletivo às demandas possessórias com coletividades não passíveis de identificação no polo passivo. Se a norma vier, ainda, a ser interpretada ampliativamente, estendendo-se a solução legal para casos análogos, ou seja, casos em que se constate ser impossível a identificação e qualificação de todos os réus, o novo CPC parece abrir a possibilidade de ajuizamento de demandas coletivas passivas.

A defesa dos litígios coletivos possessórios como ação coletiva passiva teria amparo na natureza transindividual do interesse em jogo, isto é, o direito à moradia<sup>23</sup>, a ensejar o seu tratamento sob as normas do direito processual coletivo. Nesse sentido, a existência de interesse transindividual subjacente à demanda igualmente legitimaria a intervenção do Ministério Público, na mesma medida em que prevê a intervenção da Defensoria Pública quando houver a presença de hipossuficientes econômicos no polo passivo.

Cabe ressaltar, todavia, que a admissão do litígio coletivo pela posse como ação coletiva passiva depende do objeto da ação ser atinente a direito coletivo *lato sensu*. Dessa forma, Fernando Gajardoni<sup>24</sup> assevera que parcela da doutrina argumenta que não se deve confundir o litígio coletivo com casos de invasão praticada, individualmente, por várias pessoas, fato que deveria ser enquadrado como litisconsórcio multitudinário passivo, sem ensejar a aplicação do procedimento especial.

Quanto à intervenção do Ministério Público e da Defensoria Pública, Henriques e Eberhardt<sup>25</sup> entendem que o Código prevê a intimação de ambos na qualidade de legitimados processuais coletivos. Entretanto, essa não parece ser a melhor interpretação, uma vez que o

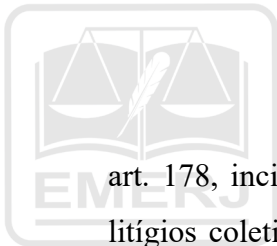
<sup>22</sup> COSTA; FRANCISCO, op. cit., p. 4.

<sup>23</sup> O direito à moradia é garantido constitucionalmente no art. 6º, o qual assevera que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. BRASIL. *Constituição Federal*, de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2019.

<sup>24</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença*: comentários ao CPC de 2015: V. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 776.

<sup>25</sup> COSTA; FRANCISCO, op. cit., p. 8.





art. 178, inciso III<sup>26</sup>, estabelece a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público nos litígios coletivos possessórios, em verdade, como fiscal da ordem jurídica, ao reconhecer o subjacente interesse público.

Em dissonância com o entendimento que o litígio coletivo pela posse de imóvel estaria compreendido no regime atinente aos processos coletivos, Edilson Vitorelli<sup>27</sup> filia-se ao entendimento de que se trata de hipótese de litisconsórcio passivo multitudinário. Para tanto, o autor refuta a existência de uma ação coletiva diante da ausência de relação representativa entre presentes e ausentes. Os réus ocupantes citados pessoalmente agem em sua própria defesa, assim como os citados por edital, ao tomarem conhecimento do processo.

Nesse cenário, não há legitimados extraordinários coletivos que representem os interesses dos réus, mas sim réus individualizados que agem em nome próprio. O ponto central para tal compreensão é o de que a legislação previu para o litígio coletivo pela posse a citação pessoal dos réus encontrados pelo oficial de justiça, bem como a citação dos réus não identificados ou identificáveis na já conhecida modalidade editalícia.

Diante das dicotomias doutrinárias existentes, certo é que a discussão quanto à natureza do litígio coletivo pela posse de imóvel mostra-se relevante quanto ao efetivo exercício da ampla defesa e do contraditório por parte dos ocupantes do polo passivo da ação. Isso porque é necessário determinar se os réus exercerão o direito de defesa conjuntamente, como uma coletividade que deve ser adequadamente representada, ou individualmente, como litisconsortes, com a apresentação de múltiplas peças de defesa e de recursos.

Logo, em que pese o esforço doutrinário realizado por parcela da doutrina, verifica-se que o Código de Processo Civil não regulamentou o litígio possessório coletivo como uma hipótese de ação coletiva passiva. O primeiro óbice para o reconhecimento da ação coletiva seria a ausência de representante adequado previsto legalmente. A ação coletiva passiva consiste em um direito apto a ser exercido em face de um ente coletivo dotado de legitimidade extraordinária, para a tutela de direitos ou interesses<sup>28</sup>.

A legitimidade extraordinária no sistema processual brasileiro decorre da lei, como ocorre, por exemplo, na legitimação ativa conferida pela Lei de Ação Civil Pública. O Código de Processo Civil nada estabelece quanto à representação dos réus no litígio possessório

<sup>26</sup> Quanto à intervenção do Ministério Público, na qualidade de *custos iuris* o art. 178, III, CPC prevê a atuação da instituição “nos processos que envolvam litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana”. BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>27</sup> VITORELLI, Edilson. Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir. In: *Revista de Processo*, v. 278, p. 297-335, São Paulo, 2018, p. 311.

<sup>28</sup> RUDINIKI NETO, Rogério. *Ação coletiva passiva e ação duplamente coletiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 51.



coletivo. Em movimento contrário, o Código, em seu art. 554, §3º<sup>29</sup>, impõe exigências adicionais para a concretização da citação por edital dos réus, em uma previsão que sinaliza o tratamento individualizado dos ocupantes réus.

A legislação processual civil, ao prever a mais ampla publicidade do edital, por meio de divulgação em jornal e cartazes, demonstra preocupação em fazer com que os indivíduos ocupantes do imóvel objeto do litígio tenham conhecimento pessoal do processo. Caso houvesse a admissão da substituição processual, em que o substituto atua em nome alheio em decorrência de autorização legal, a preocupação seria acerca da qualidade da representação em vez da ciência individual dos réus ocupantes.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.314.615/SP, realizado já sob a vigência do CPC/15, esposou entendimento no sentido da existência de previsão de um litisconsórcio multitudinário passivo nos litígios coletivos possessórios. O relator Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto, explicitou a ocupação do polo passivo por réus incertos, em “uma situação dinâmica, onde há a constante alteração do polo passivo em razão da adesão de novos moradores na terra objeto do litígio”<sup>30</sup>.

Por conseguinte, em razão da configuração legal dos litígios coletivos possessórios, observa-se inviável o entendimento pela admissibilidade de *lege lata* da ação coletiva passiva pelo Código de Processo Civil por meio da positivação do litígio coletivo pela posse de imóvel. Não obstante, o entendimento do instituto como ação individual, com a presença de um litisconsórcio passivo multitudinário, não escapa de alguns pontos questionáveis, os quais serão abordados a seguir.

### 3. UMA PROPOSTA DE *LEGE FERENDA* DE ALTERAÇÃO DO REGRAMENTO DO LITÍGIO COLETIVO POSSESSÓRIO

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o Superior Tribunal de Justiça esposava entendimento no sentido da realização da citação dos líderes da ocupação nos

<sup>29</sup> O disposto no art. 554, §3º, é: “O juiz deverá determinar que se dê ampla publicidade da existência da ação prevista no § 1º e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios”. BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>30</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.314.615/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71958513&num\\_registro=201200553321&data=20170612&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71958513&num_registro=201200553321&data=20170612&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 29 nov. 2019.



litígios coletivos possessórios, situação em que os demais ocupantes seriam citados por edital<sup>31</sup>. Cabe frisar que o litígio coletivo possessório não contava com previsão expressa na legislação, tendo a orientação do Tribunal Superior pela citação editalícia a finalidade de conferir maior publicidade ao processo.

Por sua vez, o tratamento legal do litígio coletivo possessório no Código de Processo Civil de 2015 foi realizado no contexto da existência de uma ação individual com a presença de réus indeterminados como litisconsortes passivos. Nessa toada, verifica-se que a escolha legislativa pelo enquadramento individualista do litígio impõe desafios à efetiva participação das partes no processo e, por conseguinte, à possibilidade de as partes influírem efetivamente no resultado do processo.

Nos litígios coletivos possessórios, verifica-se que a maioria dos réus ocupantes do polo passivo é citada por edital, diante do cenário de dificultoso acesso aos ocupantes do imóvel a inviabilizar a citação pessoal. Entretanto, é notória a ineficácia desse meio de tornar a existência do processo conhecida, considerando a ausência de notificação pessoal dos ocupantes do polo passivo acerca do litígio<sup>32</sup>.

Por isso, ainda que o art. 554, §3º do Código<sup>33</sup> tenha previsto uma mais ampla publicidade da existência da ação, com a possibilidade de anúncios em jornal e publicações em cartazes, o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório mostra-se prejudicado em razão da citação por edital de grande parte dos réus. Do mesmo modo, o direito ao devido processo legal, assegurado constitucionalmente, resta igualmente abalado, diante da baixa eficácia da cientificação dos litigantes.

Com a adoção da citação por edital daqueles ocupantes que não são identificados, consolidam-se todos os interessados no polo passivo da ação, sendo vinculados pelos efeitos da coisa julgada. Assim, a forma de integração do polo passivo no litígio coletivo possessório faz com que a coisa julgada, em sua amplitude subjetiva, alcance todos os sujeitos do processo.

<sup>31</sup> Por todos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 362.365*. Relator: Ministro Barros Monteiro. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199700812570&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

<sup>32</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 945.

<sup>33</sup> Pela previsão do art. 554, §3º do CPC, verifica-se que “o juiz deverá determinar que se dê ampla publicidade da existência da ação prevista no § 1º e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios”. BRASIL, op. cit., nota 18.



Dessa forma, os ocupantes, após a citação por edital, ficam sujeitos ao cumprimento de todas as determinações judiciais, sob pena, inclusive, de arcar com o pagamento das penalidades pecuniárias arbitradas. Logo, todos os réus estarão submetidos ao regime da coisa julgada, ainda que não tenham de fato participado do processo ou mesmo, em última extensão, não tenham ficado cientes da demanda.

Ainda, cabe ponderar que o regramento no Código de Processo Civil de 2015 acerca do litígio possessório coletivo cria uma possibilidade processual de participação de uma multidão de réus em um processo. Diante disso, vislumbra-se que a existência de diversos litigantes no polo passivo acaba por ameaçar o exercício do direito de defesa e ocasionar embaraços ao processo judicial, uma vez que deverão ser apreciadas todas as contestações e todos os recursos, os quais serão apresentados de forma individual.

Igual problemática é enfrentada quanto à previsão do art. 565 do CPC/15<sup>34</sup>, o qual estabelece a designação de audiência de mediação nas hipóteses de discussão de posse velha. O grande número de réus incertos ocupantes do polo passivo conduziria a um tumulto processual, caso efetivamente todos participassem, tendo o poder de se manifestar e influir na tentativa de composição dos interesses.

Nesse cenário, em crítica às disposições acerca do litígio coletivo possessório, Marinoni<sup>35</sup> aponta que o próprio Código procura evitar a existência de processos multitudinários, tendo em vista que estes, muitas vezes, comprometem a solução rápida do litígio ou mesmo inviabilizam a tramitação da ação<sup>36</sup>. Em decorrência disso, salienta o autor a existência de defesa no sentido de que esse tipo de litígio deve se submeter a um regime de coletivização de controvérsias, nos moldes do que ocorre com a ação civil pública<sup>37</sup>.

Destarte, caso fossem representados adequadamente os réus ocupantes por algum legitimado extraordinário, dentro da lógica da ação coletiva passiva, haveria a garantia da efetiva participação no processo, bem como da possibilidade de solução tempestiva do litígio. Tal modelo, ao que parece, apresentaria vantagens em relação à solução dada pela lei

<sup>34</sup> A redação do art. 565 do CPC/15 é a seguinte: “No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º”. Ibid.

<sup>35</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. 3. ed. V.3 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>36</sup> A redação do art. 113, §1º, é: “O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença”. BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>37</sup> VIOLIN, op. cit., p. 71.



processual, ainda que tenha o Código optado por adaptar o litígio coletivo aos esquemas tradicionais do processo civil.

Nesse sentido, diante das questões problemáticas enfrentadas pela forma como foi regulamentado o litígio coletivo possessório, mudanças devem ser pensadas no que se refere ao instituto. Por isso, propõe-se que o legislador, em sua função típica legislativa, conceba, em uma proposta de *lege ferenda*, o reenquadramento do instituto como ação coletiva passiva pela legislação brasileira, em conformidade com a tendência de coletivização dos interesses.

Para o reconhecimento da existência de uma ação coletiva passiva é necessário que a demanda envolva uma situação jurídica passiva coletiva. Em outros termos, é imprescindível que um direito individual ou coletivo seja oponível à coletividade. No caso do litígio coletivo possessório, verifica-se que o autor da ação figura como titular do direito de posse alegado em face dos ocupantes.

O direito de posse, no ordenamento jurídico brasileiro, passa por um processo gradual de emancipação em relação ao direito de propriedade. Historicamente, por ser encarado como mera exteriorização do direito de propriedade, a proteção da posse significava a proteção da propriedade. Em razão disto, as regras processuais voltadas à tutela da posse refletem uma concepção individualista e patrimonialista<sup>38</sup>.

Contudo, diante do fortalecimento do direito civil constitucional, da constitucionalização do direito à moradia e da função social da propriedade urbana e rural, a temática possessória adquire contornos mais delicados. Especificamente no litígio coletivo possessório, deve ser visualizada a hipótese de contraposição do direito de propriedade e da sua função social, inclusive, sendo possível eventual direito à usucapião.

Os ocupantes do imóvel objeto da ação podem ser titulares do direito transindividual à moradia, de forma que haja na ação possessória direitos contrapostos a serem considerados na situação fática. Não é cabível a concepção de que o autor da demanda ocupa uma posição privilegiada no processo por buscar a tutela jurisdicional, tendo em vista que o réu igualmente recebe a tutela ao ver afastada a pretensão que é movida contra si<sup>39</sup>.

Nas ações possessórias, a possibilidade de tutela jurídica do direito dos réus fica ainda mais evidente em razão da natureza dúplice da demanda. Nesse caso, a decisão de procedência do pedido veiculado no litígio possessório importa no reconhecimento do direito

<sup>38</sup> CARDOSO, Antônio Carlos Apolinário de Souza; CARDOSO, Roberto Apolinário de Souza. A Regulação dos Litígios Coletivos Sobre a Posse de Imóveis Urbanos no CPC/15: avanços e limites. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, v. 4, n. 1, p. 163-185, 2018, p. 166.

<sup>39</sup> COSTA; FRANCISCO, op. cit., p. 8.



do autor se reinvestir na posse do bem. Por outro lado, a decisão de improcedência produz para o réu o efeito da manutenção de sua posse.

Assim, com base na aceitação de que a coletividade no litígio coletivo possessório também recebe tutela jurisdicional, com a resolução justa da controvérsia veiculada nos autos do processo, deve a legislação propiciar o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório pelos réus. Para tal, deve-se espelhar no reconhecimento da legitimação extraordinária já existente no microssistema de processo coletivo, como forma de assegurar o modelo processual constitucional orientado pelas garantias do devido processo legal.

A aplicação da lógica da ação coletiva passiva deve necessariamente tratar da representação adequada, que é apurada no sistema brasileiro *ope legis*, sendo realizada por um representante institucional previsto em abstrato pelo legislador. Portanto, é salutar ponderar ser mais eficiente a reformulação da legislação, com o fim de absorver técnicas apuradas de identificação da representação adequada em nosso ordenamento jurídico, viabilizando as ações coletivas passivas em contraponto à técnica processual individualista.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho, foi realizada uma breve exposição acerca da compreensão dos litígios coletivos possessórios como potencial porta de entrada para o instituto da ação coletiva passiva no Brasil. A carência de legislação específica sobre a ação coletiva passiva influenciou diretamente na análise da natureza jurídica do litígio coletivo possessório, à luz das disposições do Código de Processo Civil de 2015.

O CPC/2015 tratou do litígio coletivo possessório sob uma ótica processual individualista, onde há a citação de coletividade cujos réus não são passíveis de identificação, diante de sua impossibilidade ou excessiva onerosidade. Assim, admitiu-se a mera citação por edital, de natureza ficta, dos réus não encontrados, sem que houvesse maiores ponderações sobre os impactos processuais sobre as garantias do devido processo legal.

Após uma visão sucinta e geral dos litígios coletivos possessórios, conclui-se que a sua admissão como uma ação coletiva passiva configura uma necessidade como instrumento de viabilizar o exercício do direito à ampla defesa, ao contraditório e, em última instância, ao acesso à justiça. Contudo, no ordenamento brasileiro, atualmente, não cabe a identificação, de



*lege lata*, da existência de ação coletiva passiva, diante da ausência de regulamentação de sua instituição e processamento.

Desse modo, propõe-se uma alteração de *lege ferenda* para que haja a implementação da lógica das ações coletivas passivas no litígio coletivo possessório já previsto no CPC/15. A utilização da representatividade adequada, com legitimados extraordinários previamente reconhecidos por lei, à semelhança do processo coletivo ativo, permitiria que a parte ré estivesse apta a envidar esforços para que possa, de fato, influir na decisão judicial.

Assim, a visualização do litígio coletivo possessório inserido no processo coletivo importa no reconhecimento do direito à ampla defesa exercido pela parte ré, que pode ser titular de interesses coletivos *lato sensu* a serem tutelados, notadamente, o direito social à moradia. Por conseguinte, torna-se mais justa a submissão da coletividade passiva à coisa julgada formada, uma vez que haverá a possibilidade de discussão e análise de seus interesses no curso do processo judicial.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o representante adequado assume papel fundamental na tutela dos interesses transindividuais da coletividade passiva. Em decorrência disso, a representatividade adequada figuraria como requisito de validade da decisão judicial prolatada, a qual produziria seus efeitos somente se fossem atendidas as exigências de contraditório efetivo e participativo e igualdade substancial entre as partes. Logo, a decisão estaria apta a atingir a coletividade, que terá litigado em condições de paridade de tratamento com o autor da demanda.

Nesse ínterim, certo é que a admissão do litígio coletivo possessório como verdadeira ação coletiva originária passiva constitui um relevante e crucial instrumento para o equilíbrio das relações jurídicas de massa, restabelecendo o toque de igualdade ausente nas demandas contra a coletividade. Destarte, cabe o desenvolvimento da doutrina e legislação acerca do tema, para a criação dessa nova técnica processual capaz de promover um melhor equilíbrio nas relações jurídicas, restaurando a igualdade material nas demandas contra a coletividade.

## REFERÊNCIAS

BERIZONCE, Roberto. *América*, agosto de 2004. Disponível em: <[https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo\\_portugues\\_final\\_28\\_2\\_2005.pdf](https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_portugues_final_28_2_2005.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2019.



BRASIL. *Constituição Federal*, de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.853*, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 05 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 28.900/RS*. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199200278604&dt\\_publicacao=03-05-1993&cod\\_tipo\\_documento=3](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200278604&dt_publicacao=03-05-1993&cod_tipo_documento=3)>. Acesso em: 26 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 362.365*. Relator: Ministro Barros Monteiro. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199700812570&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.051.302/DF*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5791441&num\\_registro=200800882108&data=20100428&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5791441&num_registro=200800882108&data=20100428&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 01 out. 2019.

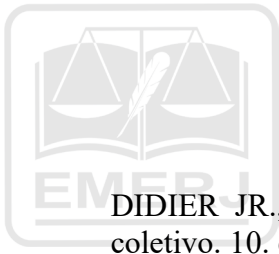
\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.314.615/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ATC&sequencial=71958513&num\\_registro=201200553321&data=20170612&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ATC&sequencial=71958513&num_registro=201200553321&data=20170612&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 29 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.760/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/12/art20131203-08.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2019.

CARDOSO, Antônio Carlos Apolinário de Souza; CARDOSO, Roberto Apolinário de Souza. A Regulação dos Litígios Coletivos Sobre a Posse de Imóveis Urbanos no CPC/15: avanços e limites. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, v. 4, n. 1, p. 163-185, jan./jun. 2018.

COSTA, Suzana Henriques da; FRANCISCO, João Eberhardt. Uma hipótese de defendant class action no CPC? O papel do Ministério Público na efetivação do contraditório nas demandas possessórias propostas em face de pessoas desconhecidas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 250, p. 315-337, dez. 2015.





DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. Processo coletivo passivo. In: *Revista Ciên. Jur. e Soc. da Unipar*. Umuarama, v. 11, n. 2, p. 719-736, jul./dez. 2008.

ESTADOS UNIDOS. *Federal Rules of Civil Procedure – Rule 23*, 1966. Disponível em: <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-class-actions/>>. Acesso em: 03 out. 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: comentários ao CPC de 2015: V. 2. 2. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. 3. ed. V.3 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Alúcio de Castro. *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Disponível em: <[www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc](http://www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc)>. Acesso em: 05 out. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil: volume único*. Salvador: JusPodivm, 2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2006.

RUDINIKI NETO, Rogério. *Ação coletiva passiva e ação duplamente coletiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

SANT'ANNA, Danilo Barbosa de. *Processo coletivo passivo: um estudo sobre a admissibilidade das ações coletivas passivas*. 2015. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis*. 2007, 113 f. Monografia (Disciplina de Direito Processual Civil) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

VITORELLI, Edilson. Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir. In: *Revista de Processo*, v. 278, p. 297-335, São Paulo, 2018.

AS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA E A  
ATRIBUIÇÃO/COMPETÊNCIA PARA PROMOVÊ-LAS

Julia Vieira Rosa

Graduada pela Faculdade de Ciências Sociais  
Aplicadas/Ibmec RJ. Advogada.

**Resumo** – a Lei nº 11.340 de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, veio para operacionalizar um mandamento constitucional esculpido no artigo 226, §8º da Constituição da República Federativa do Brasil e em diversos tratados internacionais ratificados pelo País. Diante dessa premissa, este artigo objetiva realizar um levantamento das medidas de proteção que tal lei oportunizou para aplicação na difícil tarefa de contenção da violência no âmbito da família. A essência do trabalho é abordar a competência/atribuição para promover as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha mediante análise da inovação trazida pela Lei nº 13.827/2019.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Violência. Gênero. Feminismo. Proteção e Urgência.

**Sumário** – Introdução. 1. (In)eficácia da Lei Maria da Penha na proteção das vítimas de violência doméstica. 2. Concessão de medidas protetivas por delegados amplia os direitos das vítimas de violência doméstica. 3. (In)constitucionalidade do art. 12-C da Lei nº 11.340/06. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de pesquisa a competência/atribuição para promover as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha. A Lei nº 11.340/06 surgiu para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher; ocorre que, mesmo com sua criação, não alcançou uma efetiva proteção às mulheres que são vítimas de alguma violência sofrida em razão do gênero. Tal situação decorreu, em grande parte, em razão de uma sistemática, prevista na lei, de que a concessão de medidas protetivas era de competência exclusiva dos magistrados, o que acabava por ocasionar certa demora em sua concessão à mulher vítima da violência.

Desse modo, a fim de realizar uma significativa exploração do tema, diversas posições são abordadas, como as doutrinárias e jurisprudenciais, para que, assim, consiga-se apresentar a não efetividade da competência/atribuição originária da lei.

A violência doméstica é um assunto de suma importância na sociedade atual, na qual, cada vez mais, as mulheres vêm adquirindo confiança para “correrem” atrás de seus direitos, obtendo, em vista disso, mais proteção.

Em se tratando de uma situação específica – a violência contra a mulher – uma forma de garantia de proteção é a Lei Maria da Penha. Assim, tanto a pessoa de Maria da Penha quanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA e o legislador fizeram sua parte. Agora,



apesar da forma lenta, o Estado vem implantando as medidas necessárias e adotando as políticas públicas previstas na Lei.

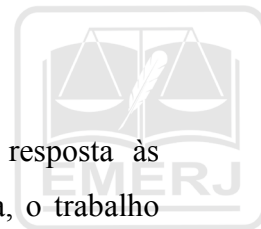
O grande responsável pela eficácia da Lei, no entanto, tem sido o Poder Judiciário, as inúmeras decisões de Juízes e tribunais, que possibilitam que a lei atenda à sua finalidade precípua, se não de eliminar, ao menos de reduzir copiosamente os números da violência doméstica contra a mulher.

O presente trabalho de pesquisa inicia, em seu primeiro capítulo, a apresentação das medidas protetivas, trazendo à discussão sua suficiência para solucionar a questão sobre proteção às vítimas de violência doméstica, considerando que tais medidas, embora capazes de propiciar uma efetiva proteção, não podem ser postas de forma banalizada; ao contrário, de modo que a vítima se sinta amparada pelo Estado. O capítulo busca demonstrar, além disso, que a prisão não é “a solução” para uma eficaz proteção à vítima.

Em seguida, no segundo capítulo, trata da nova disposição na Lei Maria da Penha, que lhe acrescentou um preceito capaz de torná-la mais produtiva nos lugares onde a demora para a concessão é maior, tendo em vista, por exemplo, o fato de não constituir a localidade uma comarca. Esse capítulo salienta, além do mais, que o novo dispositivo consiste em uma demonstração de quão importante é que a concessão da medida protetiva seja menos formal, atribuindo ao delegado de polícia tal possibilidade, o que constitui um modo de agilizar a concessão de medidas que denotam urgência, além de uma efetiva proteção àquelas mulheres que se sentem vitimadas. E isso no momento em que mais precisam de atenção e proteção.

O terceiro capítulo coloca em discussão a regra trazida pela Lei nº 13.827/2019, que alterou a Lei Maria da Penha, se o dispositivo introduzido pode ser considerado constitucional, estando tal norma sujeita ao princípio da jurisdicionalidade postergada ou diferida, o que indica que, por mais que seja concedida ao Delegado de Polícia a deliberação da medida, a situação deverá ser posteriormente comunicada ao juiz, a quem cabe decidir acerca da manutenção ou revogação da medida aplicada pelo delegado.

A pesquisa se desenvolve por dois métodos: o primeiro, hermenêutico-concretizador, pretende, com a escolha da norma sobre o problema e partindo do resultado da concretização normativa para a solução do caso, apresentar uma amostra do quanto a lei tem para ser efetiva; o segundo, método tópico-problemático, verifica a primazia do problema sobre a norma, procurando solucionar o problema com o encaixe da solução que se pretende adotar em uma norma. Em outras palavras, parte do caso concreto para buscar a solução na norma, a fim de encontrar a que melhor atenda ao problema.



Dessa forma, a pesquisa objetiva ser explicativa, pretendendo encontrar resposta às questões apresentadas quanto à eficácia da norma. A partir de abordagem qualitativa, o trabalho intenciona interpretar os fenômenos jurídicos, solucionando as questões controvertidas, valendo-se de pesquisa bibliográfica (legislação, jurisprudências, casos concretos) pertinente à temática para sustentar sua tese.

## 1. (IN)EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA NA PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A Lei Maria da Penha foi criada com o objetivo de ampliar a proteção às vítimas de violência doméstica e modificar uma sociedade em que a discriminação por gênero e suas decorrentes agressões físicas, psicológicas e sexuais ocorridas tanto dentro da família quanto fora dela são muito constantes.

Tal lei possibilitou que o Brasil passasse a contar com alguns princípios que poderiam ser seguidos diante de uma situação de violência doméstica, constituindo formas que viriam para prevenir e/ou punir mediante a integração de fiscalizações e a adoção de medidas eficazes contra a violência, viabilizando, assim, às vítimas, a erradicação desse tipo de ocorrências.

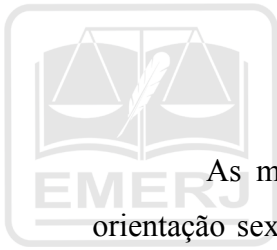
A lei veio com o propósito de proteger e resguardar a mulher da violência de pessoas com quem ela conviva em sua intimidade, indo além da figura do próprio marido ou do companheiro como agressor. Por contar com inúmeros instrumentos de proteção à vítima, representa um efetivo amparo à mulher, conservando apenas um objetivo: interromper a violência, preservando assim tanto a sua vida como também a sua integridade física.

Proporcionando amparo e mais garantia de segurança à mulher vítima de violência no decorrer do processo, com o fim de efetivar proteção física e psicológica, as medidas protetivas são um instrumento que coloca em evidência o quanto de avanço se conquistou com a Lei Maria da Penha, propiciando tais medidas proteção não só à mulher, mas também a sua família. É importante, no entanto, fazer a ressalva de que elas só podem ser aplicadas após registro da denúncia na delegacia.

Maria Berenice<sup>1</sup> afirma que “deter o agressor e garantir a segurança pessoal e patrimonial da vítima e de sua prole está a cargo tanto da polícia como do juiz e do Ministério Público. Todos precisam agir de modo imediato e eficiente”.

---

<sup>1</sup> 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*. 4 ed. v. atual e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 138.



As medidas protetivas não são concedidas levando em conta classe social, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade ou religião, mas cabem a todos os que são vítimas de violência doméstica. E ainda deve ter uma atenção a preservação de viver sem violência e com dignidade, que é uma garantia a todo ser humano, prevista inclusive na Constituição Federal, no art. 1º, III, da CRFB.

O rol de medidas elencadas na Lei nº 11.340/2006 concedem, de alguma forma, mais efetividade à proteção da mulher vítima de violência. Tais disposições possuem caráter preventivo e punitivo, estando divididas em medidas protetivas de urgência, que obrigam o agressor a não praticar determinada conduta, e medidas dirigidas à ofendida. As medidas previstas no art. 11<sup>2</sup> são providências viáveis no momento<sup>3</sup> em que a vítima denuncia a agressão, o que configura uma forma de ela se sentir mais protegida.

A fim de que tais dispositivos protetivos sejam mais efetivos, poderão ser substituídos a qualquer tempo, podendo, inclusive, ser concedidas outras medidas, já que elas não são incompatíveis, isto é, uma não exclui a outra, o que indica a possibilidade de se conferir mais de uma.

Em razão disso, visando coibir a violência doméstica e familiar foram adotados programas de prevenção, os quais se deram por meio de ações entre União, Estado, Distrito Federal, Municípios e entes não governamentais<sup>4</sup>.

Garantir segurança pessoal e patrimonial à vítima é encargo de todos, tanto da sociedade quanto da polícia, do juiz e do Ministério Público, de modo que todos devem agir de forma imediata e eficiente. A garantia à proteção não deve ser limitada à aplicação das medidas protetivas de urgência, mas baseada em toda a proteção que a lei traz em seu escopo. É preciso entender que outras medidas são voltadas à proteção da vítima, merecendo ser, em razão disso, também chamadas de protetivas.

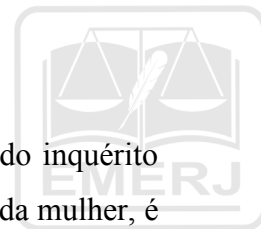
A aplicação de uma medida protetiva, além de conferir mais eficiência à garantia de proteção à vítima da violência, constitui também um meio de conscientização para o agressor, indicando que não lhe é permitido praticar tais atos tampouco intitular-se “dono” das mulheres, porquanto estas não são propriedade de ninguém. Esse procedimento traça um limite, impedindo, assim, que o crime seja praticado de forma contínua por muito tempo.

---

<sup>2</sup>BRASIL. *Lei nº 11.340/06*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20042006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/111340.htm)> Acesso em: 15 nov. 2019.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 67.



A decisão pelas medidas pode ser tomada a qualquer momento, seja na fase do inquérito seja no caso do processo em andamento. Para isso, como forma de garantir a segurança da mulher, é possível solicitar auxílio de ajuda policial a fim de se obter a efetividade da execução das medidas protetivas.

Tanto a decisão pelas medidas a serem tomadas quanto sua aplicação devem ser realizadas desde o início do processo até a finalização de todos os procedimentos que levem ao término da violência contra a mulher e por órgãos e entidades relacionados ao rompimento do ciclo de violência doméstica. Porém, embora a lei tenha sido criada com o principal objetivo de proteção à vítima do seu agressor e, se por um lado ela é aplicada com eficiência; por outro, os órgãos competentes falham ao executá-la em razão da falta de estrutura dos órgãos governamentais.

Fernando Vernice dos Anjos<sup>5</sup> esclarece que:

o combate à violência contra a mulher depende fundamentalmente de amplas medidas sociais e profundas mudanças estruturais da sociedade (sobretudo extrapenais). Como afirmamos a nova lei acena nesta direção, o que já é um bom começo. Esperamos que o Poder Público e a própria sociedade concretizem as almejadas mudanças necessárias para que possamos edificar uma sociedade mais justa para todos, independentemente do gênero. Desta forma, o caráter simbólico das novas medidas penais da lei 11.340/06 não terá sido em vão, e sim terá incentivado ideologicamente medidas efetivas para solucionarmos o grave problema de discriminação contra a mulher.

Apesar de a Lei Maria da Penha ser competente e eficaz, quando da sua aplicabilidade há muitas falhas, o que se sucede em razão do Poder Executivo, Judiciário e também do Ministério Público e acarreta uma impunidade na apuração do fato em si.

Em se tratando das falhas existentes no processo, o que se dá é justamente a questão de o Estado ser negligente ao não tomar as devidas providências para coibir e prevenir os atos violentos contra a mulher, de o poder público não agir como deveria; já que a Lei nº 11.340/06, por determinar a punição de quem comete violência doméstica e também por dar proteção à parte violentada, é eficiente na sua aplicação. É preciso, em razão disso, que o poder público aja com responsabilidade e possibilite ações corretas na criação de projetos que deem segurança às mulheres agredidas por seus companheiros.

Nesse sentido, é importante concluir que não há ineficácia na Lei Maria da Penha uma vez que, no que diz respeito a essa lei, a vítima se encontra muito bem assistida e dispõe de todas as

---

<sup>5</sup> SOUZA, Beatriz Pigossi. *Violência doméstica – Lei “Maria da Penha”*: Solução ou mais uma medida paliativa? (Trabalho de conclusão de curso). Faculdade de Direito de Presidente Prudente “Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, SP, 2008. 62 f.



proteções de que precisa naquele momento. A referida norma propicia todos os mecanismos necessários ao combate às situações de violência doméstica. Há, entretanto, falhas na execução da lei, em razão justamente de o Estado não dar o suporte necessário, montando uma estrutura eficiente por meio da qual se realize o preparo do agente policial, criem-se abrigos dignos com profissionais competentes na área de psicologia e da assistência social, e haja amparo às vítimas, assegurando-lhes uma vida livre de violência.

## 2. CONCESSÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS POR DELEGADOS AMPLIA OS DIREITOS DAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Ante o exposto, em se tratando da sua execução, a Lei Maria da Penha apresenta algumas falhas, como o fato de haver elencado medidas protetivas de urgência, as quais estão previstas nos arts. 22, 23 e 24 da Lei nº 11.340/06 e possuem o objetivo de atender aos interesses da vítima. Ocorre que é justamente no que diz respeito à aplicação de tais medidas que a Lei não demonstra a eficácia necessária, uma vez que, na concepção original, essas normas só poderiam ser decretadas por autoridade judicial. Em outras palavras, as medidas protetivas de urgência estariam sujeitas à cláusula de reserva jurisdicional.

Valéria Scarance<sup>6</sup> ressalta que “as medidas protetivas devem ainda ter caráter autônomo, independendo da instauração de inquérito ou processo penal, já que, dado seu uso em situações de urgência, a rapidez na expedição é essencial para sua efetividade”.

É importante relembrar a situação notória de que o agressor, após tomar conhecimento do fato de a mulher haver procurado a polícia para que lhe fosse concedida alguma proteção, ficava muito mais agressivo, levando, por vezes, até a prática de casos de feminicídio. Tal ocorrência muitas vezes se dá em virtude de as medidas protetivas não serem aplicadas de imediato devido à burocracia gerada pelo Estado. Assim, a alteração na Lei Maria da Penha foi feita justamente visando a ajudar a diminuir esses casos, já que, a partir da modificação, possibilitou-se à própria polícia, com enquadramento na previsão legal, aplicar algumas medidas contra o agressor e, em caso de descumprimento, efetuar sua prisão, para somente depois comunicar o juízo sobre a situação para que ocorra a devida fiscalização.

Em regra, é de conhecimento, quem concede a medida protetiva de urgência é a autoridade judicial e, até então, não existiam exceções; o que leva a um cenário burocrático, já que depende de

---

<sup>6</sup>FERNANDES, Scarance Valéria. *Inovações jurídicas na Lei Maria da Penha: medidas protetivas e defesa de direitos*. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/inovacoes-juridicas-na-lei-maria-da-penha-medidasprotetivas-e-defesa-de-direitos/>> Acesso em: 23 jan. 2020.

um rito procedimental extremamente rigoroso e que, não raro, demonstra incompatibilidade com o caráter de urgência. Surge, então, em razão disso, a Lei nº 13.827/19, que visa a ampliar a proteção da mulher, mitigando a reserva de jurisdição em hipóteses específicas.

A referida lei trouxe uma exceção, permitindo que a medida protetiva de afastamento do lar seja concedida pelo delegado de polícia caso o Município não seja sede de comarca, ou mesmo pelo policial caso não haja Delegado de Polícia no momento.

Rogério Sanches Cunha<sup>7</sup> entende que:

não há nenhuma dúvida de que o policial civil (investigador ou quem exerce função semelhante) está inserido na permissão legal. Trata-se, afinal, da primeira figura que se apresenta naturalmente ante a ausência do delegado de polícia. Mas, dado o caráter genérico da expressão adotada pelo legislador, e tendo em vista a situação de extrema urgência que fundamenta a concessão da medida, é razoável concluir que qualquer policial civil ou militar (ou mesmo federal, embora dificilmente ocorra) que tome conhecimento do crime poderá determinar o afastamento do lar, respeitada, evidentemente, a ordem de subsidiariedade a que já nos referimos.

Ou seja, a medida pode ser concedida pelo policial, não necessitando ser tomada apenas pelo delegado, uma vez que se trata de situação de urgência, o que demanda concessão imediata e menos burocracia a fim de que ocorra mais efetividade na proteção a quem seja a vítima. Assim, desvincular as medidas protetivas da instauração de um procedimento burocrático as tornará mais efetivas, fazendo com que as chances de salvar vidas aumentem.

Valéria Scarance<sup>8</sup> diz:

apesar de não haver vinculação expressa da proteção a um procedimento criminal, firmou-se o entendimento – ainda predominante – de que as medidas protetivas devem estar vinculadas a um inquérito ou processo, dada a sua natureza cautelar. Desvincular as medidas protetivas da instauração de investigação ou processo significa salvar vidas. Significa que a mulher pode ser prontamente atendida, protegida e resgatada sem carregar mais um fardo, o de ‘acusadora’ do parceiro e protagonista da prova.

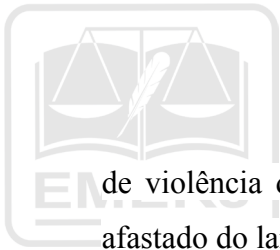
A nova lei veio inserir mais uma forma de efetividade à Lei Maria da Penha, uma vez que, verificada a existência de risco atual e iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação

---

<sup>7</sup>CUNHA, Sanches Rogério. *Lei nº 13.827/19*: altera a Lei Maria da Penha para permitir a concessão da medida protetiva pela autoridade policial. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/05/14/lei-13-82719-altera-lei-maria-da-penha-para-permitir-concessao-de-medida-protetiva-pela-autoridade-policial/>> Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>8</sup>FERNANDES, op. cit.





de violência doméstica e familiar ou de seus dependentes, o agressor deverá ser imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida.

Nota-se que o novo dispositivo cria uma situação em que a atualidade ou a iminência de risco à vida ou à integridade física da vítima faz com que se imponha uma concessão imediata da medida protetiva de afastamento do lar.

O termo “imediata” não deixa dúvidas de que a medida protetiva deverá ser concedida no mesmo instante, sem nenhuma perda de tempo. Assim, registrada a ocorrência, a autoridade policial deverá providenciar a remessa do pedido de medida protetiva à autoridade judicial, não havendo necessidade de aplicar o prazo de 48 horas previsto no art. 12, III da Lei nº 11.340/06<sup>9</sup>. Esse prazo também não se aplica à decisão da autoridade judicial, a qual também deve ser imediata, determinada no artigo 18 da mesma lei. Isso ocorre porque não faria sentido inserir um dispositivo que determina a imediata concessão da medida se o trâmite do pedido tivesse que ser submetido à regra temporal existente anteriormente. Desse modo, o prazo de quarenta e oito horas existente na Lei Maria da Penha se aplica apenas às situações em que não haja perigo atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

Se a medida for concedida por delegado ou por policial, o juiz será comunicado no prazo máximo de vinte e quatro horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público ao mesmo tempo. Esse entendimento encontra respaldo no §1º do art. 12 da Lei Maria da Penha<sup>10</sup>. Para que a decisão tomada pela autoridade policial ou por quem o substitui se torne definitiva, é necessário que ela possua o aval da autoridade judicial, que ocorre praticamente imediatamente após a decisão da autoridade policial, o que faz com que os riscos no caso de uma medida imposta de modo equivocado diminuam e não prejudiquem gravemente quem foi afastado do lar.

Por mais que exista a possibilidade de uma autoridade policial afastar o agressor imediatamente do lar, tal previsão ainda preserva a reserva de jurisdição, uma vez que é conferida à autoridade judicial a última palavra, sendo o que em verdade ocorre uma antecipação da medida provisória de urgência.

A situação apresentada no art. 12-C da Lei nº 11.343/06<sup>11</sup> é de gravidade distinta quanto à normalmente delicada situação de violência doméstica e familiar e ao atual ou iminente perigo para a vida ou a integridade física da vítima. Em razão disso, é possível compreender a justificativa de o

---

<sup>9</sup>BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2020.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Ibidem.



legislador decidir ampliar a competência para a imposição imediata do afastamento do agressor do lar, passando a ser tal competência atribuída a diversos agentes públicos.

Tendo isso em vista, Adélia Moreira Pessoa<sup>12</sup> explica que:

o Brasil ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, além de diversos outros instrumentos de proteção à mulher e a Lei 11.340/06, que estabeleceu as medidas protetivas de urgência que, muitas vezes, frente à dimensão continental do Brasil, não são efetivamente aplicadas nos prazos previstos na lei, com a concessão e o cumprimento da medida sendo realizados em tempo incompatível com a urgência necessária.

É, portanto, evidente que a aplicação da medida protetiva se torna bem mais acessível atendendo aos anseios da lei de dar atenção e propiciar cuidados efetivos para a mulher em situação de violência doméstica.

Além dessas inovações que garantem mais proteção à mulher, as alterações também trouxeram a previsão de que o juiz competente determinará o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido e regulado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), garantindo o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos órgãos de segurança pública e assistência social. Agressores presos não terão liberdade concedida enquanto houver risco à vítima ou à efetividade da medida protetiva. Assim, o objetivo principal da Lei Maria da Penha, o de proteção à vítima de violência, vem se efetivando cada vez mais, diminuindo a sensação de desamparo da mulher em um momento bastante difícil.

O que se tem em vista, desse modo, é uma necessária e inafastável proteção à mulher em situação de vulnerabilidade e de violência doméstica, bem como o respeito às garantias constitucionais, principalmente em se tratando da dignidade humana.

### 3. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 12-C DA LEI Nº 11.340/06

Com a novidade legislativa – a possibilidade de deferimento, por quem não constitua autoridade judicial, de medida protetiva que afaste imediatamente do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida o agressor – acabou por gerar uma discussão acerca da

---

<sup>12</sup>PESSOA, Adélia Moreira. *Lei autoriza autoridade policial a aplicar medida protetiva à mulher em situação de violência doméstica*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6964/Lei+autoriza+autoridade+policial+a+aplicar+medida+protetiva+a+mulher+em+situacao+de+violencia+domestica>> Acesso em: 22 jan. 2020.



constitucionalidade de tal novidade, uma vez que o direito brasileiro considera que as medidas cautelares somente podem ser deferidas pela autoridade judicial em razão do princípio da jurisdicionalidade.

Sabe-se que o afastamento do lar é uma medida cautelar penal, a qual deveria, portanto, seguindo a regra do direito brasileiro, ser deferida por uma autoridade judicial. Pelo princípio da jurisdicionalidade, a decretação de toda e qualquer espécie de provimento cautelar está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário.

Renato Brasileiro<sup>13</sup> dizia antes da edição da Lei nº 13.827/2019:

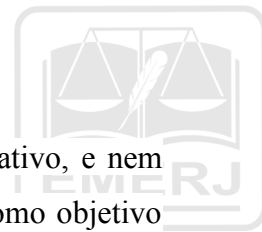
Se a Constituição Federal enfatiza que ‘ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ (art. 5º, LIV), que ‘ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente’ (art. 5º, LXI), que ‘a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juízo competente’ (art. 5º, LXII), que ‘a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária’ (art. 5º, LXV) e que ‘ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança’ (art. 5º, LXVI), fica evidente que a Carta Magna impõe a sujeição de toda e qualquer medida cautelar à apreciação do Poder Judiciário.

Não por outro motivo, dispõe o art. 19, caput, da Lei Maria da Penha, que as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida. Em face desses dispositivos, depreende-se que a restrição à liberdade de locomoção do agressor inerente à aplicação dessas medidas deve resultar não simplesmente de uma ordem judicial, mas de um provimento resultante de um procedimento qualificado por garantias mínimas, como a independência e a imparcialidade do juiz, o contraditório e a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, sobretudo, nessa matéria, a obrigatoriedade de motivação (jurisdicionalidade em sentido estrito).

Destarte, considerando que todas essas medidas protetivas de urgência afetam, direta ou indiretamente, a liberdade de locomoção, ora com maior, ora com menor intensidade, podendo inclusive ser convertidas em prisão preventiva diante do descumprimento das obrigações impostas (CPP, art. 313, III), não se admite que possam ser decretadas por outras autoridades que não o juiz competente (v.g, Comissões Parlamentares de Inquérito).

De fato, as medidas cautelares penais estão sujeitas ao princípio da jurisdicionalidade, de modo que só podem ser concedidas pela autoridade judicial. Ocorre que, com relação à medida prevista no art. 12-C da Lei nº 11.340/06, poder-se-ia falar em jurisdicionalidade postergada, a qual é diferida no tempo, posto que, na verdade, de acordo com o §1º do referido dispositivo, em até 24 horas após a autoridade policial impor a medida protetiva de afastamento do lar, o juiz deverá ser comunicado sobre a situação, tendo também este último o prazo de 24 horas para decidir se mantém ou revoga a medida aplicada, o que mostra que a decisão sobre a medida continua sendo do Poder Judiciário.

<sup>13</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 928.



Não há por que falar em inconstitucionalidade nesse novo dispositivo normativo, e nem mesmo em usurpação de jurisdição visto que a missão da novidade legislativa tem como objetivo assegurar direitos e garantias individuais ou coletivas, o que não é exclusividade do juiz, podendo, assim, ser compartilhada com outras autoridades públicas por meio de lei.

A previsão de a autoridade policial poder impor uma medida não contraria a ordem constitucional, já que agentes policiais praticam rotineiramente atos que restringem direitos fundamentais de cidadãos, como nos casos em que efetuam prisões em flagrante, sendo do delegado a decisão sobre a lavratura do auto de prisão. Não é arguida a inconstitucionalidade acerca dessas situações, primeiro porque se justificam pela pronta atuação policial, e, em segundo lugar, em razão de a decisão tomada pela autoridade policial não ser soberana na medida em que o auto de prisão deve ser submetido ao juiz no prazo de 24 horas exatamente como determina o novo dispositivo na Lei Maria da Penha em relação à concessão da medida protetiva.

Adélia Moreira Pessoa<sup>14</sup> diz que:

Os que se opõem à nova lei alegam sua inconstitucionalidade, entendendo haver ‘reserva de jurisdição’, por atingir direitos fundamentais do autor da agressão, não podendo o policial e nem mesmo o delegado impor tal medida, que cerceia o direito de ir e vir de um cidadão. Quanto ao delegado, não enxergo dessa forma, pois está em jogo um bem maior, protegido constitucionalmente: a vida e integridade física da mulher e seus filhos. Se há colisão de direitos, parece que, usando-se a ponderação, deva prevalecer o direito à vida e integridade da vítima. É preciso lembrar que o delegado realiza o flagrante e mantém preso o cidadão que está em estado de flagrância - a meu ver uma medida mais gravosa do que o referido preceito.

Fazer o uso da reserva de jurisdição como argumento para suscitar a inconstitucionalidade significaria na prática entregar várias mulheres à opressão dos seus agressores por falta da presença estatal. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana encontra-se acima de todos os demais princípios, sendo exatamente este o caso, de aplicá-lo nessa hipótese uma vez que mulher alguma pode apanhar ou ser submetida ao agressor em razão do fato de inexistir na localidade um juiz.

Na verdade, quando a medida é aplicada pelo delegado ou policial, afastando o agressor do lar, o que se faz é somente separar compulsoriamente a vítima e seu agressor, não debatendo a viabilidade ou inviabilidade da medida. Em uma situação de emergência como essa trata-se de uma medida de proteção necessária e objetiva.

---

<sup>14</sup> PESSOA, op. cit.



É possível invocar a fórmula de Radbruch, que, segundo Robert Alexy<sup>15</sup>, diz que “a injustiça extrema não é direito (...) e que a transformação dos direitos humanos em direitos fundamentais, ou seja, em direito positivo, representa o esforço de conectar a dimensão ideal à real”.

Ao abordar a posição jurídica dos direitos fundamentais no sistema jurídico e sua força executiva, Alexy<sup>16</sup> deixa claro “que a observância dos direitos fundamentais é, ao contrário, completamente controlada pela justiça, o que começa nas instâncias inferiores, por exemplo, a justiça administrativa, e termina no Tribunal [...]”.

Em outras palavras, para o autor, a polícia seria a instância de justiça administrativa que efetiva direitos fundamentais que passam pelo controle posterior do Judiciário, não havendo, portanto, exclusividade na efetivação de direitos fundamentais por decisão estritamente jurisdicional como primeira e última palavra. Assim também entende Canotilho<sup>17</sup> a despeito da reserva relativa de jurisdição “na qual o Poder Executivo possa ser a primeira palavra, e o Judiciário, a última, sempre exercendo controle posterior da primeira decisão”.

A doutrina já aceita que o delegado de polícia tem uma função essencial à justiça, sendo uma garantia implícita na Constituição. Atenta a essas premissas teóricas, Maria Berenice Dias<sup>18</sup>, entende que:

É indispensável assegurar à autoridade policial que, constatada a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física e psicológica da vítima ou de seus dependentes, aplique provisoriamente, até deliberação judicial, algumas das medidas protetivas de urgência, intimando desde logo o agressor.

Diante do exposto, não há dúvidas sobre a constitucionalidade da concessão da medida pelo delegado como um anteparo jurídico, constitucional e democrático a essa concessão, já que sempre haverá possibilidade de controle pelo judiciário perante a certeza da existência concreta de um direito fundamental. Assim, tanto em prol da proteção concreta da vida ou da incolumidade física da vítima em iminente perigo, quanto da garantia individual do investigado de se socorrer do

---

<sup>15</sup>RADBRUCH apud ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 313-318.

<sup>16</sup>Ibidem, p. 127-128.

<sup>17</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224.

<sup>18</sup>DIAS, Maria Berenice. *Medidas protetivas mais protetoras*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_13014\)Medidas\\_protetivas\\_mais\\_protetoras.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13014)Medidas_protetivas_mais_protetoras.pdf)> Acesso em: 11 mar. 2020.

controle jurisdicional, haverá uma decisão judicial posterior fundamentada e adequada ao caso concreto.

É importante fazer uma ponderação dos interesses protegidos. Na cláusula de jurisdicionalidade das medidas cautelares existe uma garantia do investigado, sendo, inclusive, uma consequência do devido processo legal. Ocorre que, nos casos em que o Município não constitui sede de comarca, a exigência de jurisdicionalidade prévia poderia acarretar em um dano irreversível ao bem jurídico de maior importância, que é a vida.

Além do mais, é importante fazer uma ressalva no sentido de que, embora a restrição aos bens jurídicos do agressor seja mínima considerando que é permitida a imposição de uma única medida protetiva – o afastamento do lar –, não há risco de dano irreparável em caso de o magistrado optar pela revogação da medida deferida pela autoridade policial.

## CONCLUSÃO

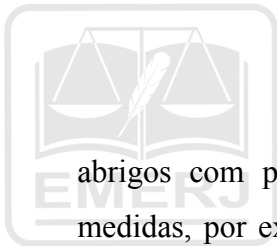
Essa pesquisa constatou que a Lei Maria da Penha veio para criar, inovar, ampliar e modificar uma sociedade imbuída de discriminação e preconceito de gênero, adotando princípios a serem seguidos para se prevenir, punir e erradicar a violência, com perspectiva de proteger e resguardar da violência doméstica as mulheres.

É evidente que ocorre violação dos direitos humanos nos atos de violência doméstica contra a mulher, sendo, desse modo, necessária uma maior intervenção protetiva por parte dos organismos de defesa dos direitos da mulher. Como um remédio para tal ilegalidade, é criada a Lei Maria da Penha, que se apresenta como um avanço legislativo.

A referida lei carrega como finalidade maior a disseminação de uma nova cultura, baseada no respeito e na igualdade, a qual, para se confirmar, deverá estar conjugada com outras mudanças. Traz, em virtude disso, um tratamento mais rigoroso para o agressor, como por exemplo, o aumento de pena, entre outros procedimentos, os quais como consequência acabam por ampliar a proteção à mulher.

Se por um lado a Lei é aplicada com eficiência, por outro lado os órgãos competentes falham na execução tendo em vista a estrutura precária dos órgãos governamentais, o que leva a uma aplicabilidade falha, a qual pode acarretar a impunidade na apuração do fato em si.

A conclusão a que se chega é que não há ineficácia na Lei Maria da Penha, estando a vítima bem assistida e contando com todas as proteções de que ela precisa naquele momento. Há, no entanto, falhas na execução da lei justamente em razão de o Estado não fornecer o suporte necessário com a montagem de uma estrutura, o preparo do agente policial, a manutenção de



abrigos com profissionais competentes na área de psicologia, assistência social, entre outras medidas, por exemplo; garantindo, desse modo, uma proteção efetiva à vítima e lhe assegurando uma vida livre de violência.

As falhas surgem exatamente no momento em que o Estado se torna negligente ao não tomar as devidas providências para coibir os atos violentos contra a mulher de maneira imediata, quando o Poder Público deveria agir com responsabilidade possibilitando ações concretas no amparo a quem seja vítima de violência doméstica.

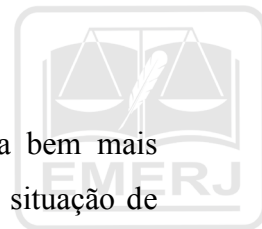
Em razão de certas falhas existentes é que a Lei recebeu algumas atualizações por intermédio de leis posteriores, as quais buscam suprir de alguma forma as constantes omissões e brechas. Um exemplo de suma importância é a Lei nº 13.827/19, que surgiu com o objetivo de ampliar a proteção à mulher, mitigando a reserva de jurisdição em hipóteses específicas.

Uma atenção especial nessa novidade legislativa é quanto à ampliação de concessão de medidas protetivas por delegados, as quais, na concepção original, só poderiam ser decretadas pela autoridade judicial, ou seja, estariam sujeitas à cláusula de reserva jurisdicional. A novidade na lei retirou tal reserva jurisdicional à concessão da medida protetiva de afastamento do lar, de modo que, em casos excepcionais, pode agora ser concedida pelo Delegado de Polícia, constituindo uma condição que o Município que não seja sede de comarca.

Como anteriormente apenas a autoridade judicial poderia conceder tal providência, o procedimento encontrava-se envolto em muita burocracia, o que ocasionava demora na aplicação das medidas protetivas de urgência. A desvinculação da concessão de tais medidas da instauração de um procedimento burocrático causou, assim, um aumento na efetividade desses dispositivos de proteção.

A nova lei inseriu, desse modo, mais eficácia à aplicação das medidas que trazem proteção a quem é vítima de violência doméstica, tornando a Lei Maria da Penha mais efetiva, uma vez que, na existência de risco atual e iminente à vida ou à integridade da mulher ou de seus dependentes, o agressor deverá ser imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida.

É importante deixar claro que a situação apresentada na Lei nº 13.827/19, ao inserir o art. 12-C na Lei nº 11.343/06, é diferente da tratada anteriormente de violência doméstica e familiar, já que a alteração trazida pela Lei nº 13.827/19 explicita a necessidade de se ter caracterizado o atual ou iminente perigo à vida ou à integridade física da vítima. Essa é a justificativa de o legislador decidir ampliar a competência para a concessão da medida protetiva de afastamento do agressor do lar.



Portanto, é possível concluir que a aplicação da medida protetiva se torna bem mais acessível e atende ao que a lei propõe, que é dar cuidados efetivos para a mulher em situação de violência doméstica.

A novidade legislativa não pode ser considerada inconstitucional, uma vez que o objetivo é assegurar direito e garantias individuais ou coletivas, os quais não são de competência exclusiva do juiz, podendo ser compartilhadas com outras autoridades públicas por meio de lei.

A previsão da possibilidade de autoridade policial impor medida não contraria a ordem constitucional, pois os agentes policiais praticam atos que restringem direitos fundamentais dos cidadãos. As decisões tomadas por essas autoridades não são soberanas, já que devem ser submetidas ao juiz. O novo dispositivo na Lei Maria da Penha determina justamente que a medida pode ser concedida pela autoridade policial, devendo, no entanto, ser submetida ao juiz no prazo de 24 horas.

Diante de todo o exposto, a autoridade policial atuaria como uma instância de justiça administrativa, a qual efetiva direitos fundamentais; não sendo, porém, essa atuação autônoma, uma vez que passa por um controle posterior do Poder Judiciário. Logo, a autoridade policial exerce uma função essencial à justiça, promovendo direitos fundamentais e funcionando como auxiliar do judiciário no combate à violência doméstica e na efetivação das medidas protetivas garantidas na Lei Maria da Penha.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)> Acesso em: 15 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.827/2019*, de 13 de maio de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm)> Acesso em: 17 fev. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches. *Lei nº 13.827/19*: altera a Lei Maria da Penha para permitir a concessão da medida protetiva pela autoridade policial. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/05/14/lei-13-82719-altera-leimariadapenha-para-permitirconcessao-de-medida-protetiva-pela-autoridade-policial/>> Acesso em: 20 fev. 2020.

\_\_\_\_\_; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 2. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.





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*. 4 ed. v. atual e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *Medidas protetivas mais protetoras*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_13014\)Medidas\\_protetivas\\_mais\\_protetora.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13014)Medidas_protetivas_mais_protetora.pdf)> Acesso em: 11 mar. 2020.

DOS ANJOS. Beatriz Pigossi Souza. *Violência doméstica – Lei “Maria da Penha”*: Solução ou mais uma medida paliativa? (Trabalho de conclusão de curso). Faculdade de Direito de Presidente Prudente “Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, SP, 2008. 62 f.

FERNANDES, Scarance Valéria. *Inovações jurídicas na Lei Maria da Penha: medidas protetivas e defesa de direitos*. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/inovacoes-juridicas-na-lei-maria-da-penha-medidas-protetivas-e-defesa-de-direitos/>> Acesso em: 23 jan. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PESSOA, Adélia Moreira. *Lei autoriza autoridade policial a aplicar medida protetiva à mulher em situação de violência doméstica*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6964/Lei+autoriza+autoridade+policial+a+aplicar+medida+protetiva+a+mulher+em+situacao+de+violencia+domestica>> Acesso em: 22 jan. 2020.

AS LIMITAÇÕES À ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA TRAZIDAS PELA LEI  
Nº 9.263/96 ANALISADAS À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL AO  
LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Júlia Werneck de Sant'Anna

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade  
Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).  
Advogada.

**Resumo** – a esterilização voluntária no Brasil é regulamentada pela Lei nº 9.263/96, conhecida como Lei de Planejamento Familiar. Percebe-se, no entanto, que alguns dos requisitos trazidos por essa lei para a realização da esterilização limitam de forma irrazoável o direito fundamental ao livre planejamento familiar. A essência deste trabalho é analisar o art. 10 da Lei nº 9.263/96 à luz da CRFB/88, de modo a verificar se são inconstitucionais as normas contidas em seu inciso I e em seus parágrafos 2º e 5º. A tese defendida é a de que não cabe ao Estado cercear arbitrariamente o acesso a determinado método contraceptivo.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Dignidade da pessoa humana. Planejamento familiar. Esterilização voluntária.

**Sumário** – Introdução. 1. O Livre Planejamento Familiar como Direito Fundamental. 2. Os Requisitos Legais para a Realização da Esterilização Voluntária. 3. O Debate Jurídico quanto ao Art. 10 da Lei nº 9.263/96. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo discutir as limitações à esterilização voluntária trazidas pela Lei de Planejamento Familiar (Lei nº 9.263/96). Procura-se verificar se existe incompatibilidade entre as normas contidas no art. 10 dessa lei, que trazem os requisitos a serem preenchidos por quem deseja se submeter à esterilização, e a Constituição Federal, cujo §7º do art. 226 determina ser o planejamento familiar uma decisão livre.

O tema é bastante controvertido. Por um lado, entende-se que existe uma preocupação do Estado em garantir que a pessoa que pretende passar pela esterilização tenha ciência das consequências do procedimento, para evitar arrependimentos. Por outro, não são poucos os que defendem que certas exigências impostas pela lei violam direitos fundamentais.

A fonte da maior parte das divergências parece se encontrar nos seguintes pontos: (1) o fato de que não basta a capacidade civil plena para que a pessoa possa escolher se submeter ao procedimento, sendo necessário ser maior de 25 anos ou já ter, ao menos, dois filhos vivos; (2) a vedação da realização da esterilização da mulher durante o período do parto. Assim, a mulher que não desejar ter mais filhos não pode optar por fazer a laqueadura tubária no



mesmo momento da cesariana. Deverá ser internada novamente para passar por novo preparo cirúrgico; (3) a necessidade, em caso de pessoas casadas, de consentimento do cônjuge.

Para melhor compreender essas questões faz-se necessário analisar a doutrina e a jurisprudência atinentes ao tema, de modo a definir a amplitude do direito ao livre planejamento familiar, corolário da dignidade da pessoa humana, e estabelecer se houve excesso por parte do legislador ao restringir essa liberdade.

Assim, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com um estudo do tratamento dado ao planejamento familiar pela Constituição Federal, verificando o impacto da sua caracterização como direito fundamental na legislação infraconstitucional.

Segue-se examinando, no segundo capítulo, o art. 10 da Lei nº 9.263/96, avaliando a razoabilidade das normas que limitam a realização da esterilização voluntária no contexto dos princípios e valores constitucionalmente estabelecidos.

No terceiro capítulo, então, busca-se determinar se são ou não inconstitucionais as normas contidas no inciso I do art. 10 da Lei nº 9.263/96 e em seus parágrafos 2º e 5º.

A fim de garantir a organização e sistematização do estudo, o pesquisador desenvolve seu trabalho pelo método dedutivo, partindo de uma série de hipóteses por ele formuladas para, ao fim de sua pesquisa, verificar se elas se confirmam ou não.

Ademais, faz-se uma abordagem qualitativa do objeto do trabalho, de modo a melhor compreender o fenômeno jurídico em questão e solucionar as controvérsias que existem em torno dele. Vale-se o pesquisador da legislação, da doutrina e da jurisprudência pertinentes.

## 1. O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988<sup>1</sup> estabelece, em seu art. 1º, *caput* e inciso III, que o Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Dessa disposição decorre a necessidade de se garantir ao indivíduo, simplesmente pela sua qualidade de ser humano, uma série de direitos qualificados como fundamentais.

Assim, verifica-se que os direitos fundamentais são, na realidade, concretização da dignidade da pessoa humana. Sua importância é tanta que eles se encontram positivados na própria CRFB/88. Desse modo, ficam resguardados contra tendências passageiras, que muitas vezes levam a alterações desastrosas da legislação infraconstitucional.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2020.

Importante observar que, embora a CRFB/88 se dedique a tratar especificamente dos direitos fundamentais em seu Título II (denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), o entendimento que prevalece hoje tanto na doutrina quanto na jurisprudência é no sentido de que o rol encontrado nesse título não é taxativo.

Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>2</sup> faz referência ao art. 5º, §2º da CRFB/88, afirmando que:

O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição. Essa interpretação é sancionada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). É legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta e de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista. Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser assim tidos, a depender da análise do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição. A sua fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em vista da sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário.

Dessa forma, entende-se que o fato de o livre planejamento familiar não ser tratado no Título II da CRFB/88, mas sim no Título VIII, não impede a sua caracterização como direito fundamental, visto que o critério aqui adotado não é a localização da norma dentro do texto constitucional, mas a sua importância para a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, impossível negar a fundamentalidade do direito. Por um lado, há que se levar em conta os reflexos do planejamento familiar na esfera pessoal do indivíduo. A criação de filhos é uma tarefa árdua, tanto do ponto de vista emocional como financeiro. Assim, é necessário garantir a liberdade do planejamento, para que cada um possa decidir, de acordo com as suas limitações, se deseja ter filhos, quantos e em que momento.

Por outro lado, deve-se considerar também o impacto que esse planejamento tem na coletividade, na medida em que a sua ausência pode gerar graves problemas de ordem social e econômica. Deve o Estado, então, proporcionar a conscientização da população e o seu acesso a métodos contraceptivos eficazes, de modo a reduzir o número de gravidezes indesejadas.

A análise da questão por esses dois aspectos, o individual e o coletivo, permite identificar duas obrigações a serem cumpridas pelo Estado, uma de caráter negativo, qual seja, a de se abster de exercer qualquer tipo de coerção sobre o indivíduo no sentido de forçá-lo a ter mais ou menos filhos, e outra de caráter positivo, qual seja, a de promover os meios para

---

<sup>2</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 170-171.



que o indivíduo possa realizar seu planejamento conforme tenha decidido.

Nesse ponto é interessante notar que a Constituição Brasileira antecipou o que, mais tarde, se tornaria parâmetro para o mundo todo. Isso porque, em 1994 foi realizada no Cairo a Conferência Internacional Sobre População e Desenvolvimento, que resultou na elaboração de um Plano de Ação no qual as nações participantes, entre elas o Brasil, se comprometeram a se orientar de acordo com uma série de princípios. Entre eles destaca-se o seguinte:

Princípio 8

Toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Os estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com saúde reprodutiva, que inclui planejamento familiar e saúde sexual. Programas de assistência à saúde reprodutiva devem prestar a mais ampla variedade de serviços sem qualquer forma de coerção. Todo casal e indivíduo têm o direito básico de decidir livre e responsabilmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e ter informação, educação e meios de o fazer.<sup>3</sup>

Da leitura desse trecho depreende-se que desde os anos 90 o direito ao livre planejamento familiar já é amplamente reconhecido em âmbito internacional, cabendo a cada nação a implementação das políticas públicas necessárias ao seu exercício.

No Brasil, a política a ser adotada em relação ao planejamento familiar foi definida pela Lei nº 9.263/96<sup>4</sup>, que veio regulamentar §7º do art. 226 da CRFB/88<sup>5</sup>. Essa lei, entretanto, não se mostrou tão vanguardista quanto a Constituição no tratamento do tema, especialmente no que diz respeito a realização de procedimentos de esterilização voluntária.

O art. 10 da Lei de Planejamento Familiar<sup>6</sup> trouxe algumas restrições à realização da esterilização voluntária que podem ser consideradas inconstitucionais. Se o legislador constituinte deixou a cargo do casal decidir sobre a questão reprodutiva, não impondo quaisquer restrições ao direito ao livre planejamento familiar, não caberia ao legislador infraconstitucional fazê-lo.

É certo, no entanto, que não existem direitos absolutos, havendo outro ponto de vista segundo o qual a Lei nº 9.263/96<sup>7</sup> não configura um cerceamento ao direito ao livre

<sup>3</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento*. Cairo, 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019.

<sup>4</sup> BRASIL. *Lei nº 9.263*, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2020.

<sup>5</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>6</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>7</sup> Ibid.



planejamento familiar, mas apenas a sua regulamentação de modo a compatibilizá-lo com outros direitos fundamentais.

Diante dessa situação, no próximo capítulo passa-se a um exame dos requisitos mais polêmicos trazidos pelo art. 10 da Lei de Planejamento Familiar para a realização de esterilização voluntária, de modo a verificar se há de fato alguma inconstitucionalidade.

## 2. OS REQUISITOS LEGAIS PARA A REALIZAÇÃO DA ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA

O art. 2º da Lei nº 9.263/96<sup>8</sup> define planejamento familiar como sendo “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

O parágrafo único do art. 3º dessa lei, por sua vez, estabelece uma série de atividades básicas que o Sistema Único de Saúde deve incluir em sua rede de serviços de modo a propiciar o planejamento familiar, a primeira delas sendo “I – a assistência à concepção e a contracepção”.

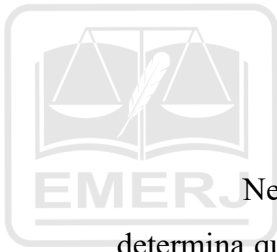
No que diz respeito à assistência à contracepção, o art. 9º garante a oferta de todos os métodos e técnicas de contracepção “cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”.

A partir de seu art. 10, a lei passa a se dedicar especificamente à regulamentação da esterilização voluntária, determinando até mesmo que técnicas podem ser utilizadas para sua realização (art. 10º, §4º). Essa atenção especial se justifica pelo fato de que, diferentemente dos demais métodos contraceptivos, a esterilização cirúrgica é considerada irreversível<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Na realidade existem técnicas para a reversão tanto da laqueadura tubária (esterilização feminina) como da vasectomia (esterilização masculina). Tais técnicas, contudo, não são sempre bem-sucedidas. Quanto à reversão da esterilização masculina, dados coletados pelo Ministério da Saúde indicam que, quanto menor o tempo decorrido entre a vasectomia e a sua reversão, melhores os resultados. No entanto, a cirurgia de reversão de vasectomia, chamada vasovasostomia, não consta no rol dos procedimentos realizados pelo Sistema Único de Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/geral/50999-vasectomia-saiba-mais-sobre-indicacao-seguranca-e-reversohtml.html>>. Acesso em: 05 mai. 2020). Para as mulheres a situação é ainda mais complicada. Um estudo a respeito das taxas de arrependimento após a esterilização feminina publicado pela Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil descreve o seu procedimento de reversão como sendo “uma cirurgia custosa, difícil e com poucas chances de ser bem sucedida” (BARBOSA, Luciana Freitas; LEITE, Iúri da Costa e NORONHA, Marina Ferreira de. Arrependimento após a esterilização feminina no Brasil. *Rev. Bras. Saude Mater. Infant.* Online. 2009, vol.9, n.2, p.179-188. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1519-38292009000200007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292009000200007&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 05 mai. 2020).



Nesse sentido, o parágrafo único do art. 14 da Lei de Planejamento Familiar<sup>10</sup> determina que “Só podem ser autorizadas a realizar esterilização cirúrgica as instituições que ofereçam todas as opções de meios e métodos de contracepção reversíveis”. Assim, verifica-se que o legislador buscou se certificar de que a população somente recorresse à esterilização cirúrgica nos casos em que houver real desejo de evitar a concepção de forma permanente.

Ademais, pela leitura do art. 11 da Lei nº 9.263/96<sup>11</sup>, percebe-se que a esterilização cirúrgica é alvo de fiscalização mais rigorosa pelo Poder Público, uma vez que sua realização é sempre objeto de notificação compulsória à direção do Sistema Único de Saúde.

As normas acima comentadas, embora importantes para uma boa compreensão da política adotada pelo Brasil quanto ao planejamento familiar, não suscitam grandes discussões jurídicas. Toda a polêmica em relação à esterilização voluntária gira em torno do art. 10 da Lei de Planejamento Familiar, mais precisamente de seu inciso I e em seus parágrafos 2º e 5º.

O inciso I do art. 10 da Lei nº 9.263/96<sup>12</sup> estabelece dois critérios alternativos para que uma pessoa possa se submeter a esterilização voluntária: (1) ter mais de vinte e cinco anos, independentemente do número de filhos ou (2) ter mais de dezoito anos e, pelo menos, dois filhos vivos.

Desse modo, a pessoa sem filhos ou que tenha um filho único somente poderá optar pela esterilização voluntária quando contar com mais de vinte e cinco anos de idade.

Além disso, é necessário aguardar um período de 60 dias entre a manifestação de vontade e a realização da cirurgia. Nesse intervalo, a pessoa deverá ser aconselhada por equipe multidisciplinar com o objetivo de “desencorajar a esterilização precoce”.

Da análise desse dispositivo depreende-se a clara intenção do legislador no sentido de impedir que jovens se submetam à esterilização cirúrgica, dando preferência a métodos contraceptivos reversíveis. Essa opção legislativa vem sofrendo diversas críticas.

Observe-se que o Código Civil<sup>13</sup> estabelece, em seu art. 5º, que a capacidade civil plena é alcançada aos dezoito anos, idade a partir da qual a pessoa estaria apta à prática de todos os atos da vida civil.

Sendo assim, constata-se hoje a existência de uma situação peculiar na qual pessoas com idade entre dezoito e vinte e cinco anos, embora classificadas como absolutamente capazes, são consideradas pela Lei nº 9.263/96 como inaptas a decidir sua própria vida

<sup>10</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm#art2044](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm#art2044)>. Acesso em: 21 abr. 2020.

reprodutiva, a não ser que já tenham ao menos dois filhos.

Note-se que a lei já apresenta mecanismos visando garantir que a decisão de se submeter ao procedimento cirúrgico seja esclarecida. Como exemplo tem-se o §1º do art. 10<sup>14</sup>, que exige, para a realização da esterilização cirúrgica, “o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes”. Considera-se, portanto, desnecessária a utilização do critério etário.

Diante disso, encontram-se em tramitação hoje dois projetos de lei que visam alterar a Lei nº 9.263/96. Um deles, o Projeto de Lei nº 406/2018<sup>15</sup>, visa suprimir uma série de dispositivos da lei, incluindo o inciso I do art. 10. O outro, Projeto de Lei nº 5832/2019<sup>16</sup>, visa reduzir a idade exigida para esterilização de pessoa sem filhos para 21 anos.

No Supremo Tribunal Federal tramita a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5911<sup>17</sup>, na qual se questiona a constitucionalidade desse inciso I do art. 10 da Lei nº 9.263/96 face ao §7º do art. 226 da CRFB/88.

O segundo dispositivo da Lei nº 9.263/96 que gera controvérsias é o §2º do art. 10<sup>18</sup>, que veda a realização de esterilização cirúrgica em mulher durante o período de parto ou aborto, ressalvado o caso de comprovada necessidade em decorrência de cesarianas sucessivas anteriores.

Esse dispositivo é regulamentado pela Portaria nº 48 do Ministério da Saúde<sup>19</sup>, cujo art. 4º, parágrafo único, estabelece a vedação à realização do procedimento não apenas no momento do parto ou aborto, mas também até o 42º dia após esses eventos.

Dessa maneira, em regra não é possível que a mulher passe pela laqueadura tubária imediatamente após o parto, ainda que tenha manifestado vontade nesse sentido com a

---

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>15</sup> BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 406*, de 2018. Altera a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências, para revogar as exigências que desencorajam a opção pela esterilização cirúrgica como método contraceptivo e impõem dificuldades para a realização do procedimento nos serviços de saúde. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134300>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

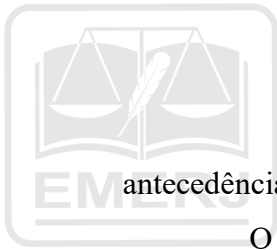
<sup>16</sup> BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 5832*, de 2019. Altera a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar, para reduzir de 25 para 21 anos a idade mínima exigida para a realização da esterilização cirúrgica. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139691>>. Acesso em 21 abr. 2020.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.911*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5368307>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>19</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 48*, de 11 de fevereiro de 1999. Disponível em: <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0048\\_11\\_02\\_1999.html](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0048_11_02_1999.html)>. Acesso em: 21 abr. 2020.





antecedência de 60 dias exigida pela lei.

O parágrafo único do art. 4º da Portaria nº 48<sup>20</sup> traz apenas duas exceções a essa regra, quais sejam, (1) o caso de necessidade em decorrência de sucessivas cesarianas anteriores, já prevista na Lei nº 9.263/96, e (2) o caso de mulher portadora de doença de base que torne a sua exposição a segundo ato cirúrgico ou anestésico mais arriscado para sua saúde.

Nessas situações pode-se realizar a esterilização imediatamente. No primeiro caso será necessário comprovar a ocorrência das cesarianas anteriores<sup>21</sup>. No segundo, deverá haver indicação testemunhada em relatório escrito e assinado por dois médicos.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, na Consulta nº 60.174/98<sup>22</sup>, mediante solicitação do Secretário Municipal de Saúde de Diadema, emitiu parecer no qual se fez o seguinte comentário a respeito do §2º do art. 10:

No nosso entendimento, o "espírito de lei", refere-se ao parto, aborto e ao puerpério, e visa a redução da incidência da cesárea para procedimento da laqueadura, evitando-se a maior probabilidade de arrependimento que pode ocorrer nestas circunstâncias. Os defensores da lei justificam ser este um momento de fragilidade emocional, onde as agruras de uma eventual gravidez não programada podem influir na decisão da mulher, bem como há o risco de que uma patologia fetal, não detectada no momento do parto, possa trazer arrependimento posterior da decisão tomada, e cuja reversão possa ser pouco acessível à maioria das mulheres.

Essa justificativa para a norma legal em comento é, entretanto, rechaçada por alguns autores<sup>23</sup>, que reputam a vedação em questão inconstitucional por violar o direito ao livre planejamento familiar, desconsiderando a manifestação de vontade da mulher e dificultando seu acesso à laqueadura tubária ao exigir uma segunda internação e novo preparo cirúrgico para a realização do procedimento.

Em âmbito legislativo, essa questão é objeto do Projeto de Lei nº 107/2018<sup>24</sup>, que

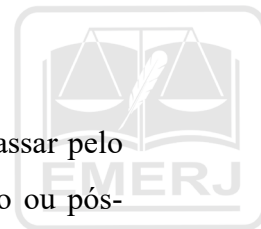
<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> São instrumentos hábeis a comprovar a existência de cesariana anterior a declaração fornecida pela maternidade onde o procedimento tenha sido realizado e o cartão de vacinação do bebê, do qual constam as informações sobre o parto.

<sup>22</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP). *Consulta nº 60.174/98*. Relator: Conselheiro Cristiano Fernando Rosas. 1998. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=3925&tipo=PARECER&orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%20E3o%20Paulo&numero=60174&situacao=&data=00-00-1998>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

<sup>23</sup> SILVA, Aurélio Carla Queiroga da; SILVA, André Luiz Galvão e. Análise da (in)constitucionalidade da vedação legal à laqueadura tubária em parto cesariano. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 16, n. 1, p. 11-37, jan./abr. 2014. Quadrimestral.

<sup>24</sup> BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 107*, de 2018. Altera a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar, com o objetivo de facilitar o acesso a procedimentos laqueaduras e vasectomias. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134300>>. Acesso em: 21 abr. 2020.



visa alterar o §2º do art. 10 da Lei nº 9.263/96 para permitir que a mulher possa passar pelo procedimento de esterilização durante a mesma internação do período de pós-parto ou pós-aborto, desde que tenha manifestado sua vontade com antecedência de 60 dias.

O último dispositivo controverso que se pretende tratar neste trabalho é o §5º do art. 10 da Lei nº 9.263/96<sup>25</sup>, com a seguinte redação: “na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges”.

Diante disso, tem-se que, mesmo que a pessoa manifeste a vontade de se submeter à esterilização voluntária na forma prevista em lei, ainda assim poderá ser impedida de passar pelo procedimento cirúrgico simplesmente em razão da discordância de seu cônjuge.

O Código Civil, em seu art. 1.567<sup>26</sup>, estabelece que a sociedade conjugal deve ser exercida em colaboração pelo casal. O parágrafo único desse artigo, por sua vez, estipula que qualquer dos cônjuges pode recorrer ao juiz em caso de divergências.

Dessa forma, verifica-se a possibilidade de que a pessoa requeira o suprimento judicial do consentimento de seu cônjuge para a realização da esterilização voluntária.

Contudo, autores como Miriam Ventura<sup>27</sup> consideram que essa norma do Código Civil, embora permita a superação do conflito no caso concreto, não traz a melhor solução para o problema. Entende que o ideal seria uma alteração legislativa que determinasse, no lugar do consentimento, a notificação do cônjuge. Com isso, a pessoa ficaria obrigada a dar ciência da realização da cirurgia mas não estaria submetida a vontade do(a) parceiro(a).

De fato, em uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, essa exigência do consentimento do cônjuge parece estar em descompasso com os valores adotados pela legislação mais recente, tendente a privilegiar a igualdade entre os cônjuges, prevista na CRFB/88, no §5º de seu art. 226, e no Código Civil, em seu art. 1.511<sup>28</sup>, bem como a liberdade de autodeterminação dos indivíduos, corolário da dignidade humana.

Exemplo disso pode ser encontrado na Lei Maria da Penha<sup>29</sup>, cujo art. 7º, inciso III classifica como forma de violência doméstica e familiar a conduta que impeça a mulher de fazer uso de qualquer método contraceptivo.

Existem hoje dois projetos de lei que preveem a supressão do §5º do art. 10º da Lei

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

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>27</sup> VENTURA, Miriam. Pontos Polêmicos da Lei Federal nº9.263/96. In. \_\_\_\_\_. *Direitos Reprodutivos no Brasil*. 3 ed. Brasília – DF. UNFPA, 2009. p. 93-95. Disponível em: <[http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos\\_reprodutivos3.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2020.

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>29</sup> BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2020.



nº 9.263/96, ambos já mencionados anteriormente neste artigo (Projeto de Lei nº 406/2018<sup>30</sup> e Projeto de Lei nº 107/2018<sup>31</sup>).

Ademais, tramitam no STF as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5911<sup>32</sup>, já referenciada, e nº 5097<sup>33</sup>, nas quais se questiona a constitucionalidade desse dispositivo face ao §7º do art. 226 da CRFB/88.

Por fim, impõe-se destacar que, apesar de todas essas discussões acerca do art. 10º da Lei nº 9.263/96, o descumprimento de qualquer das normas nele contidas configura crime, conforme art. 15 dessa mesma lei, sujeito a pena de reclusão de dois a oito anos.

Esmiuçados os requisitos legais para a realização da esterilização voluntária, no próximo capítulo cabe fazer a análise da constitucionalidade desses requisitos

### 3. O DEBATE JURÍDICO QUANTO AO ART. 10 DA LEI Nº 9.263/96

Inicia-se este capítulo tratando do debate quanto à constitucionalidade do inciso I do art. 10 da Lei nº 9.263/96. Como já visto, esse dispositivo causa dissensão entre estudiosos do tema por trazer um critério etário mais rigoroso para a realização da esterilização voluntária, não bastando apenas que se atinja capacidade civil plena.

Importante notar que não é a CRFB que define com qual idade a pessoa se torna capaz. Ela determina, em seu art. 227<sup>34</sup>, uma maior proteção à criança e ao adolescente, mas deixa a critério do legislador infraconstitucional estabelecer em que momento tem princípio a vida adulta. Diante da necessidade de um marco objetivo, o Código Civil<sup>35</sup> estipulou que aos dezoito anos completos a pessoa se torna apta a prática de todos os atos da vida civil.

Nesse contexto, a proibição à realização de esterilização voluntária em menores de dezoito anos, embora não conste expressamente do texto constitucional, é decorrência direta do fato de que a Constituição Federal impõe um tratamento diferenciado a essas pessoas. Não há qualquer motivo, entretanto, para que se dificulte o acesso daqueles que tem entre dezoito e vinte e cinco anos a determinado método contraceptivo, como se verifica na Lei nº 9.263/96.

Foi o legislador ordinário quem entendeu pela necessidade de se limitar o direito ao

---

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit., nota 15.

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 24.

<sup>32</sup> BRASIL, op. cit., nota 17.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.097*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

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

<sup>35</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

livre planejamento familiar, tornando o acesso à esterilização voluntária por menores de vinte e cinco anos mais restrito.

Essa restrição, porém, não se coaduna com o papel que a Constituição Federal designa ao Estado. Cabe ao Poder Público ampliar o acesso aos meios para a concretização do planejamento familiar, aí incluídos todos os métodos e técnicas cientificamente aceitos de concepção e contracepção.

A limitação etária à realização da esterilização cirúrgica se justificaria por tratar-se de método contraceptivo irreversível. Essa linha de raciocínio, contudo, não é muito coerente, tendo em vista a existência de uma série de outras decisões de caráter definitivo que podem ser tomadas por pessoas menores de vinte e cinco anos.

Nesse ponto destaca-se a adoção. O Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>36</sup> determina, em seu art. 39, §1º, ser a adoção irrevogável. Por sua vez, o art. 42 desse mesmo diploma estabelece que podem adotar os maiores de dezoito anos.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, pessoas de dezoito anos de idade podem optar pela parentalidade adotiva, assumindo para si de forma definitiva toda a responsabilidade inerente a criação e educação de uma criança, mas são consideradas inaptas a decidir que não querem ter filhos.

Aqueles com idade entre dezoito e vinte e cinco anos de idade que desejem se submeter à esterilização cirúrgica devem comprovar que já têm, no mínimo, dois filhos vivos. Tal exigência é claramente inconstitucional na medida em que representa uma indicação de qual seria o tamanho da prole considerada ideal pelo Estado, embora o §7º do art. 226 da CRFB/88 deixe claro que a decisão a respeito do número de filhos é pessoal e não compete a qualquer instituição, seja ela privada ou oficial.

No que diz respeito à possibilidade de arrependimento após a realização da esterilização, os dados mais recentes coletados no Brasil<sup>37</sup> indicam que, pelo menos entre as mulheres, o índice de arrependimento após a cirurgia está muito mais relacionado ao nível de escolaridade da paciente do que a sua idade.

É necessário, então, que o Estado proporcione à população recursos educacionais de modo que, ao considerar se submeter ao procedimento cirúrgico, a pessoa seja capaz de

<sup>36</sup> BRASIL. *Lei n° 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 05 mai. 2020.

<sup>37</sup> BRASIL. Ministério da Saúde – Centro Brasileiro de Análise e Planejamento. *Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher – PNDS 2006 : dimensões do processo reprodutivo e da saúde da criança*. Brasília, 2009, p. 98. Disponível em: <<https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/biblioteca/pesquisa-nacional-de-demografia-e-saude-da-crianca-e-da-mulher-pnds-2006-dimensoes/>>. Acesso em: 05 mai. 2020.



compreender todos os riscos envolvidos.

O próximo dispositivo a ser examinado neste trabalho é o §2º do art. 10º da Lei nº 9.263/96, que veda a realização da esterilização cirúrgica da mulher durante os períodos de parto ou aborto. A análise de sua constitucionalidade é questão complexa, tendo em vista que o fundamento da norma não é puramente jurídico, mas também científico.

Na década de 1990 houve um aumento expressivo do número de partos cesarianos realizados no Brasil. Uma das razões aventadas para tal aumento foi a prescrição de cesarianas sem real indicação clínica, simplesmente com o objetivo aproveitar a internação e o preparo cirúrgico do parto para já realizar a laqueadura tubária.

Essa situação gerou grande preocupação em meio à comunidade médica, visto que a cesariana é um procedimento mais arriscado que o parto normal. Quando realizado sem indicação médica, aumenta em cento e vinte vezes a probabilidade de problemas respiratórios para o recém-nascido e triplica o risco de morte da mãe<sup>38</sup>.

Atento a esse problema, o legislador viu por bem proibir que a laqueadura tubária fosse feita nessas condições.

Além disso, em razão da Portaria nº 48 do Ministério da Saúde<sup>39</sup>, é vedada ainda a realização da esterilização nas seis semanas subsequentes ao parto ou aborto, de modo que fica proibida também a realização da laqueadura tubária logo após o parto normal, o que seria possível por meio do procedimento de minilaparotomia com incisão periumbilical.

Nesse último caso, duas foram as preocupações que levaram à edição da norma proibitiva: (1) a possibilidade de arrependimento da mulher, dado o estado de maior fragilidade emocional em que se encontra durante o puerpério e (2) a morbidade do método.

Diante disso, verifica-se que o §2º do art. 10 da Lei de Planejamento Familiar não configura uma limitação arbitrária do direito ao livre planejamento familiar pelo legislador. Existia à época uma série de explicações de ordem técnica para as restrições impostas.

Vale sempre lembrar que é fundamental também o direito à saúde, previsto no art. 6º da CRFB/88<sup>40</sup>. O Estado deve então promover, tanto por meio de leis como de políticas públicas, a adoção de boas práticas médicas.

O grande impasse em relação a esse dispositivo da Lei de Planejamento Familiar é que, com o passar do tempo e a evolução da medicina, a posição de parte da própria

---

<sup>38</sup> BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Parto é Normal*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/parto-e-normal>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

<sup>39</sup> BRASIL, op. cit., nota 19.

<sup>40</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

comunidade médica acerca do tema vem mudando.

Quanto à realização do parto cesariano, embora hoje alguns setores da sociedade lutem pelo direito da mãe de decidir se deseja um parto normal ou uma cesariana<sup>41</sup>, a recomendação da Organização Mundial da Saúde<sup>42</sup> continua sendo no sentido de que “a cesárea é uma intervenção efetiva para salvar a vida de mães e bebês, porém apenas quando indicada por motivos médicos”.

Por outro lado, em se tratando da possibilidade de arrependimento e da morbidade do procedimento de esterilização feminina, o entendimento das autoridades brasileiras se alterou.

O Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná emitiu recentemente parecer<sup>43</sup> favorável à realização da laqueadura tubária no período puerperal. Aponta que as principais causas de arrependimento da mulher atualmente são a posterior perda de um filho e a união com novo parceiro, destacando que essas situações podem ocorrer “independentemente se a esterilização cirúrgica foi realizada durante uma cesariana ou logo após parto, ou longe do período de gravidez”. No mais, argumenta que:

A morbidade é extremamente baixa, não havendo diferenças apontadas quando realizadas no ciclo gravídico puerperal ou fora dele. Da mesma forma, não se relaciona qualquer prejuízo ao feto, mesmo porque quando realizada a laqueadura tubária o nascimento já ocorreu.

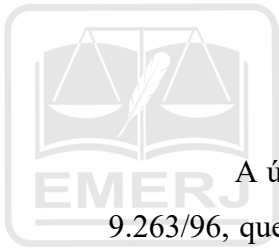
Desse modo, conclui-se que o §2º do art. 10 da Lei nº 9.263/96 não sofre de inconstitucionalidade mas, frente aos padrões de saúde mais recentes, talvez mereça ter seu conteúdo atualizado. Em razão da complexidade do tema é possível que a melhor solução seja não tratar dessa questão por meio de lei, mas sim por regulamento<sup>44</sup> editado pelo órgão técnico competente, qual seja, o Ministério da Saúde.

<sup>41</sup> No Estado de São Paulo, por exemplo, foi aprovada a Lei nº 17.137/2019, que garante à gestante a possibilidade de optar pelo parto cesariano, a partir da trigésima nona semana de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido o parto normal.

<sup>42</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Declaração da OMS sobre Taxas de Cesáreas*. Disponível em: <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO\\_RHR\\_15.02\\_por.pdf;jsessionid=C715E5990F73087C0984448BA96D636E?sequence=3](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO_RHR_15.02_por.pdf;jsessionid=C715E5990F73087C0984448BA96D636E?sequence=3)>. Acesso em: 05 mai. 2020.

<sup>43</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO PARANÁ (CRM - PR). *Parecer nº 2707/2018*. Relator: Edison Luiz Almeida Tizzot. 2018. Disponível em: <[https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/PR/2018/2707\\_2018.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/PR/2018/2707_2018.pdf)>. Acesso em: 05 mai. 2020.

<sup>44</sup> Sobre os regulamentos temos que: “Todos eles são expedidos com base em disposições legais que mais não podem ou devem fazer senão aludir a conceitos precisáveis mediante averiguações técnicas, as quais sofrem o influxo das rápidas mudanças advindas do progresso científico e tecnológico, assim como das condições objetivas existentes em dado tempo e espaço, cuja realidade impõe, em momentos distintos, níveis diversos no grau das exigências administrativas adequadas para cumprir o escopo da lei sem sacrificar outros interesses também por ela confortados.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 370-371).



A última norma jurídica que deve ser aqui comentada é o §5º do art. 10 da Lei nº 9.263/96, que determina a necessidade do consentimento de ambos os cônjuges para que um deles possa se submeter a esterilização voluntária enquanto na vigência da sociedade conjugal.

A Advocacia-Geral da União defende, em suas manifestações nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5097<sup>45</sup> e 5911<sup>46</sup>, a constitucionalidade desse dispositivo, sob o argumento de que o uso da expressão “livre decisão do casal” no §7º do art. 226 da CRFB/88 indica que era intenção do legislador constituinte fazer com que todas as decisões relativas ao planejamento familiar fossem tomadas por ambos os cônjuges em acordo. Nesse contexto, a Lei de Planejamento Familiar estaria apenas dando efetividade à previsão constitucional.

Todavia, feita uma leitura mais atenta do §7º do art. 226, nota-se que essa interpretação é falha, visto que desconsidera a primeira parte do dispositivo constitucional, na qual fica estabelecido que o planejamento familiar tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre esse princípio, Alexandre de Moraes<sup>47</sup> faz a seguinte consideração:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.

Assim, se o direito ao livre planejamento familiar decorre da dignidade humana e esta tem como principal manifestação a autodeterminação da pessoa, é lógico pensar que a decisão de ter filhos, antes de ser do casal, deve ser de cada um dos cônjuges individualmente considerados.

É claro que, entre pessoas casadas, espera-se que exista uma convergência de vontades que permita traçar um projeto de vida em comum. Por vezes, entretanto, isso não acontece e, nesses casos, não cabe ao legislador definir que cônjuge está “certo” e qual está “errado”, até porque tais conceitos sequer se aplicam ao planejamento familiar. Não existe um formato ideal de família ou um número ideal de filhos que todos devem buscar alcançar.

Por esses motivos entende-se que o §5º do art. 10 da Lei nº 9.263/96 é inconstitucional, na medida em que subordina a decisão da pessoa casada quanto ao próprio

<sup>45</sup> BRASIL, op. cit., nota 33.

<sup>46</sup> BRASIL, op. cit., nota 17.

<sup>47</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, [e-book].

corpo à vontade de seu cônjuge, em flagrante violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como enfoque o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro à esterilização voluntária, visto que tal método contraceptivo é objeto de uma regulamentação legal mais detalhada que os demais.

A partir da pesquisa realizada constatou-se a existência de um amplo debate em torno da Lei de Planejamento Familiar, especialmente no que diz respeito à constitucionalidade de três dispositivos (art. 10, inciso I e parágrafos 2º e 5º) que trazem limitações à realização do procedimento de esterilização cirúrgica.

O pesquisador dedicou-se, então, a fazer uma análise dessas normas à luz da Constituição Federal, considerando que o Supremo Tribunal Federal, ao qual cabe dirimir a questão, ainda não teve oportunidade de proferir decisão sobre o tema.

Quanto ao inciso I e ao §5º do art. 10 da Lei nº 9.263/96, verificou-se que a discussão tem viés eminentemente jurídico, tendo-se concluído pela inconstitucionalidade dos dispositivos, uma vez que violam o princípio da dignidade humana e o direito fundamental ao livre planejamento familiar.

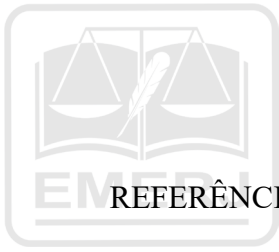
O §2º do art. 10, por sua vez, causa dissensão não apenas em âmbito jurídico, como também entre médicos. A vedação à realização da esterilização voluntária em momento de parto ou aborto foi incluída na Lei de Planejamento Familiar de acordo com o que era considerado boa prática médica à época de sua edição.

Assim, entende-se que não cabe ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade dessa norma, mas sim ao Legislativo alterá-la, caso se mostre em desacordo com critérios técnicos mais atuais.

Dessarte, a tese que se sustenta neste trabalho é a de que o papel do Estado no que diz respeito à esterilização voluntária é de disponibilizar os recursos técnicos e educacionais necessários para que a pessoa, uma vez dotada de capacidade civil plena, possa decidir de forma livre, consciente e informada quanto à adoção desse método contraceptivo.

Não deve o legislador ou administrador público, contudo, restringir o acesso da população à esterilização voluntária, impondo requisitos sem qualquer fundamento técnico para a sua realização.





## REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Parto é Normal*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/parto-e-normal>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/1104/06compilada.htm#art2044](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/1104/06compilada.htm#art2044)>. Acesso em: 21 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 05 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.263*, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. *Portaria nº 48*, de 11 de fevereiro de 1999. Disponível em: <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0048\\_11\\_02\\_1999.html](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0048_11_02_1999.html)>. Acesso em: 21 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde – Centro Brasileiro de Análise e Planejamento. *Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher – PNDS 2006: dimensões do processo reprodutivo e da saúde da criança*. Brasília, 2009, p. 98. Disponível em: <<https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/biblioteca/pesquisa-nacional-de-demografia-e-saude-da-crianca-e-da-mulher-pnds-2006-dimensoes/>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 107*, de 2018. Altera a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar, com o objetivo de facilitar o acesso a procedimentos laqueaduras e vasectomias. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134300>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 406*, de 2018. Altera a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências, para revogar as exigências que desencorajam a opção pela esterilização cirúrgica como método contraceptivo e impõem dificuldades para a realização do procedimento nos serviços de saúde. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134300>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 5832*, de 2019. Altera a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar, para reduzir de 25 para 21 anos a idade mínima exigida para a realização da esterilização cirúrgica. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139691>>. Acesso em 21 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.097*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.911*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5368307>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO PARANÁ (CRM - PR). *Parecer nº 2707/2018*. Relator: Edison Luiz Almeida Tizzot. 2018. Disponível em: <[https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/PR/2018/2707\\_2018.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/PR/2018/2707_2018.pdf)>. Acesso em: 05 mai. 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP). *Consulta nº 60.174/98*. Relator: Conselheiro Cristiano Fernando Rosas. 1998. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=3925&tipo=PARECR&orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%C3%o%20Paulo&numero=60174&situacao=&data=00-00-1998>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, [e-book].

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento*. Cairo, 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Declaração da OMS sobre Taxas de Cesáreas*. Disponível em: <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO\\_RHR\\_15.02\\_por.pdf;jsessionid=C715E5990F73087C0984448BA96D636E?sequence=3](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO_RHR_15.02_por.pdf;jsessionid=C715E5990F73087C0984448BA96D636E?sequence=3)>. Acesso em: 05 mai. 2020.

SILVA, Aurélia Carla Queiroga da; SILVA, André Luiz Galvão e. Análise da (in)constitucionalidade da vedação legal à laqueadura tubária em parto cesariano. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 16, n. 1, p. 11-37, jan./abr. 2014. Quadrimestral.

VENTURA, Miriam. Pontos Polêmicos da Lei Federal nº9.263/96. In: \_\_\_\_\_. *Direitos Reprodutivos no Brasil*. 3 ed. Brasília – DF. UNFPA, 2009. p.93-95. Disponível em: <[http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos\\_reprodutivos3.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2020.



## DOS PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP) NA GESTÃO DAS UNIDADES PRISIONAIS DO BRASIL

Juliana Maria Galvão Szymanski

Graduada em Direito pela Faculdade Dom Pedro II, em Salvador/ Bahia. Advogada.

**Resumo** – o presente Artigo Científico tem por objetivo o estudo da utilização da Parceria Público-Privada (PPP) na gestão das unidades prisionais brasileiras. O excedente de presos e a situação degradante verificados no sistema carcerário deu impulso a este Trabalho de Conclusão de Curso. Para isso, foram analisadas as estatísticas divulgadas pelo Governo Federal. Dessa maneira, foi possível atingir com êxito o objetivo geral de fazer um panorama sobre os principais aspectos que envolvem a Parceria Público-Privada (PPP) aplicada ao sistema penitenciário brasileiro analisando, nesse contexto, as consequências desse modelo de gestão. Deve-se ressaltar que esta monografia também atingiu seu objetivo específico, qual seja: analisar os pontos positivos e negativos da referida Parceria. Para o estudo do tema, foram utilizadas obras de autores renomados, legislações e tratados internacionais. Outrossim, este Artigo contribui para a análise da cogestão nas unidades prisionais.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Direito Penal. Direito Administrativo. Parceria Público-Privada (PPP). Unidades prisionais. Superlotação carcerária.

**Sumário:** Introdução. 1. Relevância da evolução histórica das modalidades de sanções penais e a finalidade da coerção Estatal. 2. Da superpopulação carcerária brasileira e da necessidade de novo modelo de gestão das unidades prisionais. 3. Da necessidade de implantar um novo modelo de gestão, mas preservando a indelegabilidade do poder de polícia. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente Artigo Científico tem por finalidade aprofundar os estudos acerca da origem legal da Parceria Público-Privada (PPP) no Brasil e a inserção deste modelo de gestão no sistema carcerário, com a devida verificação das diretrizes e vedações preconizadas pelo legislador, conforme Lei nº 11.079/2004 (que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública).

Para tanto, é necessário analisar as estatísticas divulgadas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), que informa que em dezembro de 2019 o Brasil contabilizava 748.009 pessoas presas. Sendo certo, ainda, o déficit de vagas nos estabelecimentos penais e a consequente superlotação carcerária, tal como indica o levantamento divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que aponta a existência de 2.773 estabelecimentos penais em todo Brasil com 433.648 vagas.



Estatísticas importantes que demonstram a necessidade de utilização de um modelo eficiente de gestão penitenciária. Nesse diapasão, deve-se ressaltar que - diante de uma população carcerária tão numerosa e que engloba detentos com personalidades tão diversas - é de extrema importância que o Poder Público encontre alternativas de gestão para evitar o colapso total do sistema.

O tema provoca inquietação acadêmica e o interesse na pesquisa sobre o assunto, tendo em vista o permanente debate para encontrar alternativas de gestão para reduzir os problemas ocasionados pelo superlotado sistema carcerário brasileiro.

Insta salientar que o objetivo específico deste artigo é analisar os pontos positivos e negativos da aplicação da Parceria Público-Privada (PPP) no sistema penitenciário brasileiro. Sendo certo que a análise das estatísticas, tais como o levantamento da população carcerária, é de suma importância para o presente Trabalho de Conclusão de Curso.

Através das estatísticas os gestores das penitenciárias e dos órgãos ligados à justiça e à segurança pública poderão elaborar um planejamento estratégico, dando direcionamento à Parceria Público-Privada.

Destarte este trabalho acadêmico tem como objetivo geral fazer um panorama sobre os principais aspectos que envolvem a Parceria Público-Privada aplicada ao sistema penitenciário brasileiro analisando, nesse contexto, as consequências desse modelo de gestão.

Para fundamentar a pesquisa deste artigo foram utilizados livros de autores renomados, legislações, jurisprudências e convenções, além de notícias jornalísticas que compõem a bibliografia do presente estudo e a análise do levantamento censitário.

Dividido em capítulos, este artigo trata da origem legal da Parceria Público-Privada no Brasil e a inserção deste modelo de gestão no sistema carcerário. Nesse sentido, deve-se abordar a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação dessa parceria no âmbito da Administração Pública e suas disposições.

Para identificar a necessidade de aplicação da Parceria Público-Privada nas unidades prisionais, será abordado no primeiro capítulo, um breve histórico das modalidades de sanções penais e a finalidade da coerção estatal.

Na sequência, serão abordadas as estatísticas que comprovam a superlotação carcerária e a necessidade de aplicação de um novo modelo de gestão das unidades prisionais. Nesse sentido, será citada a legislação pertinente, qual seja: a Lei nº 11.079/2004 - norma geral para o procedimento de licitação e contratação da PPP e o Projeto de Lei nº 190/2019, do Estado do Rio de Janeiro, que tem por finalidade autorizar o poder executivo a contratar parceria público-privada para a construção e administração de estabelecimentos penais.



no século XIX, surgiram os sistemas progressivos Inglês e Irlandês com a possibilidade de cumprimento progressivo da pena. Observa-se que o sistema progressivo inglês oportunizou ao preso a possibilidade de ressocialização, inclusive com a reforma moral do apenado, como leciona Júlio Fabbrini Mirabete:<sup>2</sup>

Levava-se em conta o comportamento e aproveitamento do preso, demonstrados pela boa conduta e o trabalho (mark system), estabelecendo-se três períodos ou estágios no cumprimento da pena. O primeiro deles, período de prova, constava de isolamento celular absoluto; o outro se iniciava com a permissão do trabalho em comum, em silêncio, passando-se a outros benefícios; e o último permitia o livramento condicional.

O Brasil acompanhou as mudanças que aconteceram no mundo. Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil<sup>3</sup>, preconizou a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade, conforme artigo 5º, XLVI e tutelou o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no artigo 1º, III. Sendo certo que o este princípio em momento algum será afastado, como dispõe Guilherme Nucci:<sup>4</sup>

Em suma, não basta apregoar a humanidade; é essencial fazê-la valer. Para tanto, a vedação às penas cruéis precisa tornar-se realidade, no Brasil. Essas sanções podem não existir em tese, mas, na prática, são encontradas amiúde. Fechar os olhos a tal situação é o mesmo que ignorar o princípio constitucional em questão, expressamente previsto dentre os direitos e garantias fundamentais.

Ademais, o condenado deve cumprir a pena em local que não coloque em risco sua vida e o Estado tem a obrigação de tutelar os direitos do apenado - direitos não atingidos pela perda da liberdade, conforme artigo 38, do Código Penal<sup>5</sup> e artigo 5º, XLIX, da Carta Magna de 1988<sup>6</sup>, que ratifica a obrigatoriedade do respeito à integridade física e moral assegurado também aos presos.

Nesse sentido, o artigo 59, do mencionado código, informa que a condenação imposta ao apenado deve ser valorada conforme necessário e suficiente, seguindo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Observa-se, assim, que o intuito é reprovar a conduta criminosa e prevenir a prática de novas infrações.

Dessa forma, para a pacífica convivência social, o Estado dispõe de regras sancionadoras, que compõem o sistema coercitivo, esclarece José Afonso da Silva:<sup>7</sup>

<sup>2</sup>MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, V.I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 236.

<sup>3</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2020.

<sup>4</sup>NUCCI, Guilherme. *A concretude do princípio da humanidade*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/concretude-do-principio-da-humanidade>>. Acesso em: 17.jun.19.

<sup>5</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2020.

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

<sup>7</sup>SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7.ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2010, p.149.



A norma jurídica impõe conduta, modos de agir em sociedade, e quer que o preceito impositivo seja obedecido, para a boa convivência social. Daí por que o Direito aparelha um sistema coativo destinado à sua realização prática. Diz-se “primária” a regra de conduta; e “secundária” a regra sancionadora que visa a coagir ao cumprimento daquela ou à reparação do dano conseqüente ao seu descumprimento. A sanção é, pois, nota própria do Direito. Particulariza-se em função da natureza da norma descumprida: se civil, sanção civil; se administrativa, sanção administrativa; se penal, sanção penal. Esta última - que interessa aqui - realiza-se por meio de um sistema de penas, que a Constituição admite e delimita.

Insta salientar que o Código Penal<sup>8</sup> preconiza, ainda, no Capítulo I, Título V, as espécies de penas, estabelecendo um rol taxativo no artigo 32, quais sejam: privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa. Deve-se observar que, apesar da realidade degradante do sistema carcerário brasileiro, a legislação foi criada para que o detento cumpra sua pena sem perder sua condição humana, principalmente na mais grave das penas: a privativa de liberdade, mormente, aqueles condenados ao cumprimento da pena em regime fechado - o mais rigoroso do sistema penal brasileiro- em estabelecimento de segurança máxima ou média conforme artigo 33, § 1º, a, do CP.

Conforme ensina Cezar Roberto Bitencourt<sup>9</sup>, o Estado tem o dever de tutelar as liberdades e garantias fundamentais, previstas na Carta Magna de 1988 e esclarece que, efetivamente, um Estado que se quer Democrático de Direito é incompatível com um Direito Penal funcional, que ignore as liberdades e garantias fundamentais do cidadão, asseguradas pela Constituição Federal. Sendo inequívoco, ainda, que a própria Constituição adota a responsabilidade penal subjetiva e consagra a presunção de inocência, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, preservando, nesse sentido, a dignidade da pessoa humana, de acordo com o artigo 1º, III, CRFB/88<sup>10</sup>.

Ademais, o apenado que deve cumprir sua pena de acordo com o regime e condições impostas na sentença condenatória. Sendo indubitável que os adultos devem ser separados dos adolescentes infratores, haja vista que estes últimos devem cumprir sua sanção em locais destinados especialmente para este fim. Sendo manifesto, por fim, a finalidade de promover a ressocialização do condenado, como dispõe o artigo 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica:<sup>11</sup>

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

<sup>8</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>9</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral, 1. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 221.

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

<sup>11</sup>BRASIL. *Decreto n° 678*, de 06 de novembro de 1992. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Presidência da República, Brasília, DF: 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 14 abr.2020.



3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, deve ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Nesta lógica, cumpre mencionar que o artigo 5º, XLV, da Constituição Federal de 1988<sup>12</sup>, ratifica o “princípio da intranscendência da pena”, também conhecido como “princípio da responsabilidade pessoal da pena”, sendo certo, assim, que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Contudo, podem os sucessores ser executados na obrigação de reparar o dano e na decretação do perdimento de bens, nos termos da lei.

## 2. DA SUPERPOPLAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA E DA NECESSIDADE DE NOVO MODELO DE GESTÃO DAS UNIDADES PRISIONAIS

De acordo com as estatísticas divulgadas pelo Governo Federal, através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen / Ministério da Justiça)<sup>13</sup>, em dezembro de 2019 o Brasil contabilizava 748.009 pessoas presas. Desse total, 362.547 cumprem pena no regime fechado, 133.408, no regime semiaberto e 25.137, no regime aberto.

Outrossim, deve-se observar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>14</sup> alerta para outra estatística alarmante, qual seja: a que aponta o déficit de vagas nos estabelecimentos penais e a conseqüente superlotação carcerária. Nesse sentido, o CNJ informa a existência de 2.773 estabelecimentos penais em todo Brasil com 433.648 vagas. Nessa perspectiva, a Bahia aparece com o menor índice: 15.42% de déficit. Contudo, Pernambuco lidera o ranking, atingindo 184% de déficit de vagas.

Números que refletem a superpopulação carcerária nos presídios brasileiros, que triplicou em vinte anos<sup>15</sup>. Situação que dá azo à realidade degradante verificada hoje no sistema

---

<sup>12</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>13</sup>DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

<sup>14</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Geopresídios*. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/mapa.php](https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php)>. Acesso em: 16 abr. 2020.

<sup>15</sup>BORGES, Laryssa. *População carcerária triplica em 20 anos*; déficit de vagas chega a 312 mil. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/populacao-carceraria-triplica-em-20-anos-deficit-de-vagas-chega-a-312-mil/>>. Acesso em: 14 abr. 2020.



penitenciário, em discordância com o que é preconizado no artigo 10, do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992<sup>16</sup>, que dispõe acerca do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.
2. a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada.  
b) As pessoas processadas, jovens, deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível.
3. O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

Nesse seguimento, deve-se observar a todo tempo a obrigatoriedade da tutela aos direitos e da dignidade da pessoa humana do apenado, independentemente, da conduta criminosa praticada. Sendo certo, ainda, que os condenados com trânsito em julgados devem cumprir pena em local distinto da pessoa não-condenada.

Note que o Constituinte assegura a todo tempo os direitos do preso, que são ratificados entre os artigos 40 e 43, da Lei nº 7.210/1984, de 11 de julho de 1984<sup>17</sup> - Lei de Execução Penal - que dispõe acerca da obrigatoriedade de fornecimento de alimentos e roupas adequados, de assistência material, jurídica, social, dentre outros.

Deve-se observar que as integridades física, psíquica e moral, do apenado, já eram expressamente tuteladas desde 1969, quando da celebração da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, realizada em São José da Costa Rica. Insta salientar que o Pacto de São José da Costa Rica foi adotado no âmbito da Organização dos Estados Americanos e entrou em vigor internacional em 1978. Contudo, a Carta de Adesão do Governo brasileiro foi depositada somente em 1992<sup>18</sup>. Tendo sido aprovada pelo Decreto Legislativo nº 27, de 1992 e promulgada pelo Decreto nº 678, de 1992<sup>19</sup>.

Dessa forma, é necessário citar, ainda, o disposto no artigo 5º, do Pacto de São José da Costa Rica, que tutela o direito à integridade pessoal, incluindo também a preservação dos direitos daqueles que cumprem pena privativa de liberdade. Note que a referida Convenção afasta de maneira inequívoca a imposição de penas de tortura, de crueldade, degradantes e

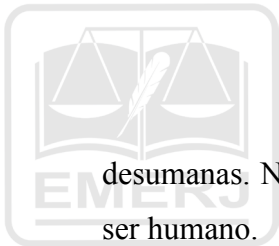
<sup>16</sup>BRASIL. *Decreto nº 592*, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2020.

<sup>17</sup>BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

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

<sup>19</sup>Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. Anne Joyce Angher, organização. 24.ed. São Paulo, SP: Rideel, 2017.





desumanas. Nesse sentido, cumpre reforçar que o apenado não perde a dignidade inerente ao ser humano.

Nessa toada, é mister aplicar um modelo de gestão no qual o Estado possa contar com o apoio de entidades privadas. Nesse sentido, a Parceria Público-Privada (PPP) surge como alternativa encontrada pela Administração Pública para melhorar a gestão das unidades prisionais e da atual situação carcerária.

Cumpre informar que a Parceria Público Privada está preconizada na Lei nº 11.079/2004<sup>20</sup>, que institui normas gerais para licitação e contratação dessa parceria no âmbito da administração pública e assim dispõe no artigo 1º:

Art. 1º. Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Esta Lei aplica-se aos órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A referida Lei informa ainda que “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”, conforme artigo 2º. E estabelece a diferença entre concessão patrocinada e concessão administrativa: sendo certo que a primeira é a “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”. Enquanto que a última é “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

Cumpre ressaltar que, a partir da leitura do parágrafo 3º, da Lei nº 11.079/2004<sup>21</sup>, note que a concessão comum que não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, não constitui parceria público-privada. E no parágrafo 4º as hipóteses de vedação da mencionada parceria, quando o valor for inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), quando o período de prestação do serviço for inferior a 5 (cinco) anos e, ainda, quando tiver como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

<sup>20</sup>BRASIL. *Lei nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível

em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2020.

<sup>21</sup>Ibid.



Ademais, o artigo 5º da mencionada Lei, preconiza que os contratos de parceria público-privado conterão cláusulas previstas na Lei nº 8.987/95, que dispõe acerca do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, além das cláusulas que tratam do prazo de vigência, incluindo eventual prorrogação, que não poderá ser inferior a 5 (cinco) e nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, para que seja possível a amortização dos investimentos realizados. Ademais, o citado contrato deve conter cláusulas acerca da aplicação de penalidades à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, de acordo com a gravidade da falta cometida e das obrigações assumidas e disposições acerca da divisão de riscos entre as partes, incluindo os ocasionados por caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Sendo certo, ainda, que deverá ser estabelecido um fundo garantidor para dar maior segurança ao parceiro privado acerca dos pagamentos da contraprestação devida pela Administração Pública, como estabelece o artigo 8º, V, da Lei nº 11.079/2004<sup>22</sup>.

Cumprido ressaltar, ainda, que a Constituição Federal de 1988<sup>23</sup>, dispõe acerca dos limites e diretrizes das contratações efetuadas pela Administração Pública para prestação de seus serviços. E trata no artigo 37, XXI, acerca da obrigatoriedade do processo de licitação pública para obras, serviços, compras e alienações, dispensável nas hipóteses de exceção previstas em lei:

Art. 37. XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Note que a Lei nº 11.079/2004 instituiu normas gerais para o procedimento de licitação e contratação da PPP. Contudo, os Governadores devem sancionar leis Estaduais para regular o Programa de Parcerias Público-Privada, no âmbito da Administração Pública do Poder Executivo Estadual. Na Bahia, por exemplo, a Lei nº 9290/2004<sup>24</sup>, dispõe sobre o Programa e aduz no artigo 4º:

Art. 4º. Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, na forma estabelecida por legislação federal correlata, inclusive no que diz respeito às normas de licitação, limites para assunção de encargos e contratação e participação tarifária, celebrado entre a Administração Pública direta e indireta, neste último caso sempre com a interveniência do Estado, e entidades privadas [...]

<sup>22</sup>Ibid.

<sup>23</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>24</sup>ALBA. Lei nº 9290, de 27 de dezembro de 2004. Disponível em: <<https://governo-ba.jusbrasil.com.br/legislacao/85842/lei-9290-04>>. Acesso em: 14 abr. 2020.



Dessa forma, conforme a supracitada legislação estadual, caberá ao parceiro privado realizar a gestão total ou parcial das atividades pactuadas, devendo fornecer material e contratar pessoas. Devendo, ainda, contribuir com os recursos financeiros. Sendo certo que a PPP firmada entre as partes não poderá ter prazo inferior a cinco anos e nem exceder 35 anos.

No estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 5068 de 10 de julho de 2007<sup>25</sup>, instituiu o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas – PROPAR, para ser aplicado à Administração Pública direta, autárquica e fundacional e suas empresas públicas, sociedades de economia mista e sociedades controladas, conforme artigo 2º. Note que o artigo 4º da mencionada lei dispõe que o referido programa abrange diferentes áreas, tais como educação, transportes públicos, agronegócios, energia, sistema penitenciário, defesa e justiça.

Nesse sentido, cumpre mencionar que tramita na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (ALERJ) o Projeto de Lei nº 190/2019<sup>26</sup>, que tem por finalidade autorizar o poder executivo a contratar parceria público-privada para a construção e administração de estabelecimentos penais no âmbito estadual. Contudo, o citado Projeto ainda tem sido objeto de debate em Audiências Públicas, com a participação do Sindicato dos Servidores do Sistema Penal-RJ<sup>27</sup>.

Insta salientar que, o supracitado Projeto de Lei prevê no artigo 7º que o concessionário deverá assegurar ao preso assistência jurídica, atendimento médico, psicológico e odontológico. Além de possibilitar que o apenado tenha acesso à programas de atividades laborais, esporte e lazer.

Ademais, no artigo 8º, é previsto que serviços materiais acessórios, instrumentais ou complementares fiquem a cargo do concessionário, tais como manutenção e conservação, limpeza, lavanderia e fornecimento de materiais de consumo dos presos e para a administração.

Sendo certo que os cargos de direção e de vice direção do estabelecimento penal serão ocupados por servidores públicos de carreira, de acordo com o artigo 9º, do citado Projeto de

---

<sup>25</sup>ALERJ. *Lei nº 5068*, de 10 de julho de 2007. Instituiu o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/3f9398ab330dbab883256d6b0050f039/465e374d41ace5468325732100704436?OpenDocument>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

<sup>26</sup>BRASIL. *Projeto de Lei nº 190/2019*. Autoriza o poder executivo a contratar parceria público-privada para a construção e administração de estabelecimentos penais no âmbito do estado do rio de janeiro. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1923.nsf/0c5bf5cde95601f903256caa0023131b/1fc0f7d68db5ea82832583ba006b7704?OpenDocument&Highlight=0,190>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

<sup>27</sup>SINDICATO DOS SERVIDORES DO SISTEMA PENAL-RJ. *Convocação para Audiência Pública*. Disponível em: <<http://www.sindsistema.com.br/noticias/893>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

Lei nº 190/2019 e com o disposto no artigo 75, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal<sup>28</sup>.

### 3. DA NECESSIDADE DE IMPLANTAR UM NOVO MODELO DE GESTÃO, MAS PRESERVANDO A INDELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA.

De início, cumpre destacar a descrição feita por Michel Foucault<sup>29</sup> ao narrar o esquartejamento de um criminoso, em 1757. Na passagem transcrita abaixo, Foucault detalha a tortura imposta na sanção aplicada ao condenado por parricídio. O criminoso foi transportado nu em uma carroça até o local onde foi esquartejado. Seu corpo foi desmembrado por seis cavalos e depois, queimado:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.

Finalmente foi esquartejado [relata a **Gazette d'Amsterdam**]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas...

Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: “Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me”.

Em que pesem as mudanças ocorridas nas sanções penais ao longo das civilizações, observa-se que ainda é necessário instituir novos modelos de gestão carcerária. Insta mencionar o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>30</sup>, que cita a previsão constante no artigo 4º, III, da lei que institui as normas gerais para licitação e contratação da PPP, pela Administração Pública. Sendo certo que na contratação da PPP deve-se ressaltar a indelegabilidade do exercício do poder de polícia, atividade exclusiva do Estado, mormente no âmbito da segurança pública:

Sempre houve, mesmo no período do liberalismo, em que se pregava um mínimo de atuação estatal e de intervenção no setor privado, uma esfera de atribuições reservada com exclusividade ao Estado, na qual se inclui, evidentemente, o poder de polícia, especialmente no que diz respeito à segurança pública. No Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em que se dividem as atividades estatais em quatro setores, a

<sup>28</sup>BRASIL, op. cit., nota 17.

<sup>29</sup>FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 27.ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p.08.

<sup>30</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.42.



atividade de polícia é incluída entre as atividades exclusivas, ou seja, aquelas que só o Estado pode prestar. A ideia se confirma agora com a norma inserida no art. 4º, III, da Lei nº 11.079/2004.

Nesse diapasão, resta evidente que a Parceria Público-Privada ainda é motivo de debate entre os estudiosos e especialistas no assunto. Luiz Flávio Borges D'Urso<sup>31</sup> esclarece que a falta de conhecimento sobre o tema provoca resistência e rejeição acerca da aplicação da PPP nos estabelecimentos penais. Ele propõe analisar a matéria no plano técnico e racional e defende de maneira veemente a necessidade do novo modelo de gerenciamento prisional:

Incontáveis resistências se levantam, oriundas de desconhecimento, ignorância do tema e da experiência, ou até de má-fé, mas todas, absolutamente todas são "espancadas", quando se discute o tema sem paixões, no plano técnico e racional. É lamentável que diante do desastre do sistema prisional no mundo e das mazelas gigantesca do sistema brasileiro, ainda existam pessoas, que rejeitam até a observação de uma experiência brasileira, que é real e precisa ser estudada. Muitas dessas resistências partes de setores que pretendem manter a situação como está, vale dizer, investem na piora do sistema prisional, por interesses menores e até inconfessáveis, ressaltados aqueles que resistem por puro desconhecimento da matéria. Chegará o dia em que a realidade será inegável. Espero que não seja tarde demais. Não estou dando mero palpite, estudei e continuo a estudar essa modalidade de gerenciamento prisional, observando seus resultados no mundo todo e obtive meu grau de Mestre em Direito Penal pela USP, com a tese da privatização de presídios. De minha parte, não me acomodo e continuo a defender essa experiência no Brasil, até porque não admito que a situação atual se perpetue, gerando mais criminalidade, sugando nossos preciosos recursos, para piorar o homem preso que retornará, para nos dar o troco!

Dessa forma, resta demonstrado que o citado estudioso é a favor do novo modelo de cogestão nas unidades prisionais, pois da forma degradante como vivem os presos, ao ganharem a liberdade, devem sair pior do que entraram, gerando ainda mais criminalidade.

Entretanto, para Paulo Cesar Malvezzi Filho e Valdir João Silveira<sup>32</sup>, a privatização dos presídios não é a melhor alternativa para o sistema penitenciário. Eles relembram a rebelião ocorrida em 2017, no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, administrado por uma empresa privada, em Manaus:

O recente ciclo de massacres no sistema prisional, que teve início em Manaus, no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, administrado por uma empresa privada, deixou um saldo de dezenas de mortos, e trouxe à luz o que já era de conhecimento de praticamente todos que conhecem as masmorras brasileiras: a privatização de presídios não traz qualquer benefício.[...]

<sup>31</sup>BORGES D'URSO, Luiz Flávio. *Privatização das prisões mais uma vez a polêmica*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10717-10717-1-PB.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

<sup>32</sup>MALVEZZI FILHO, Paulo Cesar; SILVEIRA, Valdir João. *Privatização do sistema carcerário: entre massacres e fantasias*. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/agenda-nacional-pelo-desencarceramento/privatizacao-do-sistema-carcerario-entre-massacres-e-fantasias>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

Como deixou clara a tragédia manauara, e conforme já havia sido apontado em estudo da Pastoral Carcerária Nacional de 2014, unidades privatizadas não promovem um ambiente prisional mais humano, não geram qualquer vantagem econômica, e ainda agregam mais problemas a um sistema em permanente colapso. A maior dificuldade para fiscalizar as prisões privadas, bem como alta rotatividade de funcionários em razão do treinamento precário e da baixíssima remuneração, tornam ainda tais unidades verdadeiras bombas-relógio.

Além disso, a privatização prisional torna o Estado refém dos serviços prestado por empresas, que por sua própria natureza estão sujeitas à falência e todo tipo de instabilidades. Não é por menos que, apesar das cenas de horror que circularam o globo, o contrato da empresa que administra o Complexo Anísio Jobim foi renovado, sob a justificativa do governo estadual de que não há “outro sistema para implantar agora”.

De forma ainda mais perigosa, a privatização prisional favorece o surgimento de relações espúrias entre empresas e facções, e fortalece o lobby dos grupos econômicos que atuam junto à parlamentares, gestores públicos e mídia para promover políticas de encarceramento em massa, cujos resultados sociais desastrosos contrastam com o aumento dos seus lucros.[...]

Sob todos os aspectos, a privatização prisional é equivocada e lesiva para os presos, trabalhadores e para a sociedade. Depois de Manaus, não temos mais o direito de embarcar nesta fantasia.

Nesse sentido, percebe-se que, para os supramencionados especialistas, a gestão de unidades prisionais por empresa privada não promove benefícios ao já degradado sistema prisional, sendo lesiva aos presos e para a sociedade. Enumeram diferentes pontos negativos, tais como a rotatividade de funcionários, o precário treinamento e a baixa remuneração. E alertam para a possibilidade do Estado se tornar refém dos serviços prestados por empresas privadas.

Ainda que juristas e especialistas discutam acerca da aplicação da Parceria Público-Privada na gestão carcerária, fato é que em um ponto todos concordam: o atual sistema penitenciário brasileiro precisa sofrer alterações em seu modelo de gestão.

## CONCLUSÃO

Por tudo que foi visto no presente trabalho de conclusão de curso, deve-se concluir que o dia a dia demonstra com clareza a degradante a situação do sistema carcerário. Sendo este um grave problema verificado nas unidades prisionais brasileiras. Dessa forma, alguma alternativa deve ser estudada e aplicada para modificar e dar solução à essa realidade. Observe que existem esforços e planejamentos públicos que, se instaurados com seriedade, podem ao menos minimizar a crise penitenciária.

Considera-se que a Parceria Público-Privada (PPP) é uma alternativa à Administração Pública para aprimorar a gestão do sistema penitenciário brasileiro, haja vista que, assim, a Administração Pública poderá delegar parte de suas atividades para execução por parte do parceiro privado.



Ademais, este Artigo Científico cumpriu com seu objetivo específico, qual seja: analisar os pontos positivos e negativos da aplicação da Parceria Público-Privada (PPP) na gestão das unidades prisionais brasileiras, utilizando como base as estatísticas fornecidas pelo Governos Federal (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, do Ministério da Justiça), referentes ao levantamento da população carcerária.

Dessa forma, foi possível constatar que, em que pese a realidade degradante do superlotado sistema carcerário brasileiro, é possível traçar alternativas de gestão das unidades prisionais para a conservação dos direitos e da Dignidade da Pessoa Humana dos apenados.

Nesse sentido, observe que o presente estudo alcançou com êxito o objetivo geral de realizar um panorama sobre os principais aspectos que envolvem a Parceria Público-Privada aplicada ao sistema penitenciário brasileiro analisando, nesse contexto, os benefícios e as críticas consequentes desse modelo de gestão.

Conclui-se, ainda, que a análise das estatísticas acerca da população carcerária comprova a necessidade de revisão da gestão do sistema penitenciário brasileiro.

Pelo presente trabalho foi possível também incrementar o conhecimento a respeito da origem legal da Parceria Público-Privada no Brasil e a inserção deste modelo de gestão no sistema carcerário, com o consequente estudo das diretrizes e vedações preconizadas pelo legislador, conforme a Lei nº 11.079/2004 (Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública). Tendo sido também de suma importância o estudo de outros dispositivos legais presentes na Constituição Federal de 1988, tais como o art. 1º, III, que preconiza a tutela à Dignidade da Pessoa Humana, princípio fundamental, considerado um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. E o artigo 5º, XLIX, da Carta Magna, que ratifica o respeito à integridade física e moral dos presos.

O estudo em tela também foi importante para fazer uma análise, aperfeiçoando os estudos, a respeito da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), do Decreto nº 678/1992 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica) e do Decreto nº 592/1992 (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos), demonstrando a intenção do legislador de tutelar o respeito à integridade física e moral assegurado aos detentos, assim como estabelecido no artigo 38, do Código Penal.

Para entender melhor a aplicação da Parceria Público-Privada nas unidades prisionais, fez-se necessário estudar as espécies de penas dispostas no artigo 32, I, II, III, do Código Penal e analisar a relevância da evolução histórica das modalidades de sanções penais e a finalidade da coerção estatal. A todo momento, foi ressaltada a necessidade da aplicação da pena dentro



dos limites previstos pelo legislador, respeitando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por fim pode-se concluir que os estudos analíticos da população carcerária orientam a implantação, execução e gestão de um planejamento estratégico para melhor aplicação da Parceria Público-Privada e divisão de atribuições e deveres entre a Administração Pública e o parceiro privado.

Insta salientar que o tema em estudo não se esgota neste Artigo Científico, tendo vista que o assunto provoca inquietação acadêmica.

## REFERÊNCIAS

ALBA. *Lei n 9.290*, de 27 de dezembro de 2004. Disponível em:<<https://governo-ba.jusbrasil.com.br/legislacao/85842/lei-9290-04>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

ALERJ. *Lei nº 5068*, de 10 de julho de 2007. Disponível em:<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/3f9398ab330dbab883256d6b0050f039/465e374d41ace5468325732100704436?OpenDocument>>. Acesso em: 16 abr. 2020

\_\_\_\_\_. *Projeto de lei nº 190/2019*. Disponível em:<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1923.nsf/0c5bf5cde95601f903256caa0023131b/1fc0f7d68db5ea82832583ba006b7704?OpenDocument&Highlight=0,190>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 5.ed rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*,1. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BORGES D'URSO, Luíz Flávio. *Privatização das prisões mais uma vez a polêmica*. Disponível em:< <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10717-10717-1-PB.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

BORGES, Laryssa. *População carcerária triplica em 20 anos; déficit de vagas chega a 312 mil*. Disponível em:< <https://veja.abril.com.br/brasil/populacao-carceraria-triplica-em-20-anos-deficit-de-vagas-chega-a-312-mil/>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2020.





\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 592*, de 6 de julho de 1992. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 678*, de 06 de novembro de 1992. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 3688*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9491.htm#art35](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm#art35)>. Acesso em: 14 abr. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm)>. Acesso em: 14 abr. de 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Geopresídios*. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/mapa.php](https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php)>. Acesso em: 16 abr. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Leônidas Marques, MIRANDA, Oannes de Oliveira. *A função da pena privativa de liberdade em um Estado democrático e pluralista de direito*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25556/a-funcao-da-pena-privativa-de-liberdade-em-um-estado-democratico-e-pluralista-de-direito/1>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. *Presídios da América Latina: "jornada para o inferno"*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22715/presidios-da-america-latina-jornada-para-o-inferno>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. V.1. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. *Das teorias da pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7815](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815)>. Acesso em: 05 mar. 2020.



MALVEZZI FILHO, Paulo Cesar; SILVEIRA, Valdir João. *Privatização do sistema carcerário: entre massacres e fantasias*. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/agenda-nacional-pelo-desencarceramento/privatizacao-do-sistema-carcerario-entre-massacres-e-fantasias>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 14 abr.2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. V.1. São Paulo: Atlas, 2010.

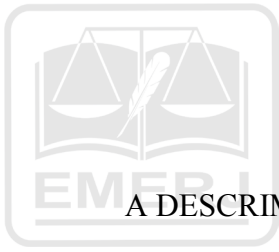
NUCCI, Guilherme de Souza. *A concretude do princípio da humanidade*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/concretude-do-principio-da-humanidade>>. Acesso em: 17 abr.20

PANTONI, Roberta Alessandra. *As finalidades da pena a partir de uma concepção contemporânea do Direito Penal: O funcionalismo moderado*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2789](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2789)>. Acesso em: 16 abr. 2020.

PRADO, Luiz Régis. *Teoria dos fins da pena: breves reflexões*. Disponível em: <<http://www.regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Teoria%20dos%20fins%20da%20pena.pdf>>. Acesso em: 14 abr.2020.

SINDICATO DOS SERVIDORES DO SISTEMA PENAL-RJ. *Convocação para Audiência Pública*. Disponível em: < <http://www.sindsistema.com.br/noticias/893> >. Acesso em: 16 abr. 2020.

VADE MECUM ACADÊMICO DE DIREITO RIDEEL. Anne Joyce Angher, organização. 24. ed. São Paulo, SP: Rideel, 2017.



## A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: UMA RELEITURA DO CÓDIGO PENAL À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL DA MULHER

Karine Alvim da Silva Pereira

Graduada pela Faculdade de Direito Cândido Mendes Campos. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – o presente trabalho visa analisar e discutir a como a criminalização do aborto fere os direitos fundamentais das mulheres. Como efeito será feita uma abordagem sobre a eficácia e a necessidade da penalização da conduta do aborto no contexto atual da sociedade, e sobre o verdadeiro bem jurídico que necessita de tutela. Será abordada também a desproporcionalidade de se tratar um problema de saúde pública por meio do direito pena, quando este deveria ser o último caminho a se buscar. Ao final, será discutida também a necessidade de uma renovação da norma penal a luz dos direitos constitucionais.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Descriminalização do aborto. Direito constitucional.

**Sumário** – Introdução. 1. Direitos fundamentais das mulheres e a proteção do direito à vida do feto: desproporcionalidade à luz da teoria natalista. 2. O direito penal mínimo e a criminalização do aborto: uma afronta ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade 3. Inconstitucionalidade da criminalização do aborto. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa analisar e discutir a como a criminalização do aborto fere os direitos fundamentais das mulheres, e a necessidade de reelaboração de uma norma penal mais condizente com a conjuntura social e jurídica atuais.

Considerando que o atual Código Penal Brasileiro foi editado há 79 anos, e que neste interregno de tempo ele sofreu diversas atualizações, talvez tenha chegado a hora de realizar mais uma modernização desse diploma, à luz dos princípios norteadores da sociedade moderna. Além disso, há que se fazer uma análise da eficácia desse tipo penal em relação ao bem jurídico que se visa proteger, sobretudo levando-se em conta o princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, o trabalho analisa a temática da conduta penal tipificada como aborto pelos artigos 124 a 126 do Código Penal, fazendo uma releitura desses dispositivos

em consonância com os direitos constitucionalmente garantidos às mulheres, como a autonomia, integridade física e psíquica.

Dentro dessa perspectiva, discute-se o respaldo jurídico e científico da criminalização do aborto no atual contexto social, bem como, considerando a adoção da teoria natalista, segundo a qual não há vida até a formação do sistema nervoso, questiona-se: qual bem jurídico tutelado pelo tipo penal?

Outro ponto a ser debatido é o fato de que a tipificação da conduta como criminosa não foi capaz de reduzir os casos de abortos clandestinos realizados, razão pela qual questiona-se a real eficácia do tipo penal em relação ao bem jurídico tutelado.

Em seguida, o trabalho discute o fato de que tipificação da conduta do aborto como crime viola diversos direitos fundamentais das mulheres estabelecidos pela própria constituição. Dentro desse aspecto, seria então crime de aborto é (in) constitucional, ou teria ocorrido uma verdadeira derrogação pela promulgação da Constituição Federal de 1988?

Para tentar responder a tais indagações, o trabalho irá analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as controvérsias doutrinárias e os dados da ciência médica.

O primeiro capítulo discute confronto entre dois bens jurídicos assegurados constitucionalmente: de um lado os direitos fundamentais das mulheres, e do outro a proteção do feto. Nesse ponto, demonstra-se que a criminalização é medida desproporcional em relação ao bem jurídico tutelado, principalmente quando analisado sob o enfoque da teoria natalista.

O segundo capítulo analisa a eficácia e a necessidade da norma penal incriminadora, já que esta não se mostra capaz de impedir, ou nem mesmo inibir a conduta criminalizada. Aspecto em que deve ser levando em consideração princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a ideia de um direito penal mínimo, onde se tenha uma mínima intervenção, com máximas garantias.

O terceiro capítulo, por sua vez, aborda a controvérsia acerca da inconstitucionalidade da tipificação do aborto como crime, frente aos direitos fundamentais outorgados pela Constituição Federal de 1988.

A pesquisa será realizada com base no método hipotético-dedutivo, no qual serão analisados vários casos hipotéticos, adequados para sua realização, com a finalidade de rejeitá-lo ou comprová-los argumentativamente.



Nesse sentido, a abordagem do tema desta pesquisa será necessariamente qualitativa, já que se pretende utilizar a legislação, doutrina e jurisprudência para sustentar a presente tese.

## 1- DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES E A PROTEÇÃO DO DIREITO A VIDA DO FETO: DESPROPORCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA NATALISTA

A Constituição Federal elenca diversos direitos fundamentais conferidos aos homens e mulheres, e dentre eles elenca-se os direitos individuais, ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como à vida, à igualdade, e à dignidade. Bem como direitos sociais, referentes à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e a infância e assistência aos desamparados. cuja finalidade é a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, concretizando assim, a igualdade social.

Dentre tais direitos, um dos mais importantes a citar-se é o direito à vida, ponto em que se questiona qual seria a definição do conceito de vida. Para dirimir tal controvérsia surgiram algumas teorias que aduzem o momento do início da vida: A partir da concepção (teoria concepcionista); ou a partir do início da vida viável, ou seja, quando o embrião consegue viver fora do útero; com a formação do sistema nervoso central (teoria natalista).<sup>1</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro não faz uma opção expressa por nenhuma das teorias acima mencionadas. Porém, o artigo 2º do Código civil dispõe que a personalidade civil da pessoa está condicionada ao seu nascimento com vida.<sup>2</sup> Diante desse dispositivo legal, parte da doutrina passou a entender que o Código teria adotado um sistema natalista para o conceito de personalidade jurídica. Ou seja, ao nascituro seria conferida apenas expectativa de direito. No entanto, a doutrina majoritária e os tribunais têm adotado a

<sup>1</sup>MOURA, Ana Paula Araújo. *O direito à vida do nascituro e a dignidade da gestante*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67332/o-direito-a-vida-do-nascituro-e-a-dignidade-da-gestante#>> Acesso em: 19. Set. 2019.

<sup>2</sup>BRASIL. *Lei n. 10.406*, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> . Acesso em: 30 set. 2019.

ideia da teoria concepcionista, principalmente quando a questão envolve direitos patrimoniais.<sup>3</sup>

Diante do vácuo normativo e da influência religiosa sobre o tema, caminha-se para um entendimento que coloca os direitos do nascituro acima dos direitos fundamentais conferidos às mulheres, essas dotadas de personalidade jurídica e sujeito de direito sem sombra de dúvidas.

O direito ao aborto deveria ser entendido e analisado como um verdadeiro conflito de direitos, de um lado os direitos das mulheres a autonomia, integridade física, psíquica, e do outro lado as expectativas de direito do feto em formação. A criminalização de uma conduta não deveria ser a alternativa mais viável para a solução entre conflito de direitos fundamentais, principalmente quando se leva em consideração a ideia de um direito penal, mínimo, ou seja, a solução via criminalização deveria ser a última alternativa, e não a primeira.

Para uma compreensão mais profunda dos direitos em questão, deve-se buscar a ciência para definir a partir de quando se inicia e termina a vida. O Código civil, em seu artigo 6º define que a vida se finda com a morte da pessoa natural<sup>4</sup>, mas não define o conceito de morte em si, deixando isso a cargo da ciência. De acordo com o entendimento predominante, a vida se finda quando cessada as atividades cerebrais, o que é chamado de morte encefálica, conforme disposto na resolução CFM nº 1.480/97.<sup>5</sup>

Partindo-se do fato de que o fim da vida é definido pelo fim das atividades cerebrais, o mais lógico seria concluir que seu início se daria com a formação completa do sistema nervoso, conforme uma interpretação sistemática do direito.

A medicina afirma que até a 23ª semana de gravidez o feto ainda não formou completamente um sistema nervoso, razão pela qual não teria consciência, dor ou prazer.<sup>6</sup> Ou seja, até tal momento existiria apenas um sujeito de direito alvo de tutela jurídica, a mulher. Pode se dizer que até tal momento o direito de abortar decorreria do próprio direito a autonomia sobre seu próprio corpo.

---

<sup>3</sup>MOURA, op. cit.

<sup>4</sup>BRASIL. *Lei nº. 10.406*, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> . Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>5</sup>CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). *Resolução nº 1.480/97*. Disponível em: < [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480\\_1997.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm)> Acesso em: 29 set. 2019.

<sup>6</sup>SEQUEIRA, Eduardo. *A atividade cerebral como critério para o início e fim da vida*. Disponível em: < <https://nossaciencia.com.br/colunas/a-atividade-cerebral-como-criterio-para-o-inicio-e-fim-da-vida/>> Acesso em: 29 set. 2019.



A criminalização do aborto até a 23ª semana de gravidez consiste em uma violação a diversos direitos femininos, dentre eles: violação a autonomia da mulher, violação do direito à integridade física e psíquica, violação aos direitos sexuais e reprodutivos, violação à igualdade de gênero e discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres.<sup>7</sup>

Sobre esse tema, importante citar as palavras de Dworkin<sup>8</sup>:

Enquanto o debate for colocado nesses termos polariza-dos, os dois lados não poderão raciocinar em conjunto, pois nada terão sobre o que raciocinar ou ser razoáveis. Um dos lados acredita que o feto humano já é um sujeito moral, uma criança não nascida, a partir do momento da concepção. O outro acredita que um feto recém-concebido não passa de um aglomerado de células sob o comando não de um cérebro, mas apenas de um código genético, e que, nesse caso, é uma criança tanto quanto um ovo recém-fertilizado é um frango. Nenhum dos lados é capaz de oferecer um argumento que o outro possa aceitar, não há nenhum fato biológico a espera de ser descoberto, nenhuma analogia moral esmagadora à espera de ser inventada que possa resolver o problema. Trata-se de uma questão de convicções inatas, e o máximo que podemos pedir a cada lado não é que compreenda o outro, ou mesmo que o respeite, mas apenas uma pálida civilidade, o tipo de civilidade que se poderia esperar de um incompreensível, mas perigoso marciano. Se a divergência for realmente tão forte, não poderá haver nenhuma transigência baseada em princípios; na melhor das hipóteses, haverá apenas um frágil e melindroso empate, definido pelo puro poder político.

Além das diversas violações acima mencionadas, há que se ressaltar também que a tipificação do aborto como crime afronta diretamente o princípio da proporcionalidade. É certo que o legislador tem liberdade para criar e definir crimes e penas, porém, essa liberdade encontra a Constituição Federal como um vetor limitador, como um parâmetro. Dessa forma, os princípios da razoabilidade em conjunto com a razoabilidade devem buscar nas normas vigentes um critério de aferição de validade das restrições aos direitos fundamentais no próprio texto constitucional.<sup>9</sup> Ou seja, verifica-se que a criminalização do aborto encontra-se em desacordo com a limitações aos direitos fundamentais tidas como constitucionalmente toleradas.

Ponto importante a ser debatido também consiste no fato de que o aborto masculino já existe há tempos e para tal conduta não há punição penal, existe apenas

---

<sup>7</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *habeas corpus n°124.306*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 30 de jul. 2019.

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p 11.

<sup>9</sup> Ibidem.

sanções de natureza indenizatória consolidadas em ações de alimentos indenizações por abandono afetivo, por exemplo. Não há para o homem que escolhe não ser pai nenhuma consequência penal de verdade.

O direito de uma mulher escolher sobre o seu próprio corpo, o seu direito de não querer ser mãe lhe é negado e punido. Enquanto que o ato de um genitor que se nega a ser pai no verdadeiro sentido da palavra é socialmente e juridicamente aceitável. Tal postura da sociedade só demonstra o quão distante o país e a legislação estão de uma verdadeira igualdade de gênero.

## 2. O DIREITO PENAL MÍNIMO E A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: UMA AFORNTA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

O direito penal mínimo é o princípio pelo qual se defende a necessidade de adequação razoável entre a conduta e a ofensa ao bem jurídico tutelado, ou seja, o Estado só deve criar tipos penais e instituir penas efetivamente necessárias à proteção dos bens ou interesses jurídicos relevantes.<sup>10</sup>

Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que o Direito Penal deve ser a 'ultima ratio', limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito.<sup>11</sup>

Sobre esse tema, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de defender o direito penal mínimo, sendo considerada essa teoria como um dos norteadores do estado democrático de direito.

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. CRIME MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA CASTRENSE. POSSIBILIDADE. DIREITO PENAL. ULTIMA RATIO. CONDUTA MANIFESTAMENTE ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA. CRIME MILITAR

1. A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário,

<sup>1</sup> REGODANÇO, Pedro Henrique Leoni. *Teoria do Direito Penal Mínimo. Adequação do Direito Penal à sociedade contemporânea*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71911/teoria-do-direito-penal-minimo>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

<sup>11</sup> QUEIROZ, Paulo. *Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico*. IBCrim, nº 74, 1999.





subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social.

2. O fato típico, primeiro elemento estruturador do crime, não se aperfeiçoa com uma tipicidade meramente formal, consubstanciada na perfeita correspondência entre o fato e a norma, sendo imprescindível a constatação de que ocorrera lesão significativa ao bem jurídico penalmente protegido. [...] <sup>12</sup>

A criminalização da conduta do aborto vai de encontro a ideia disseminada pelo princípio do direito Penal mínimo, pois não é razoável criminalizar as escolhas da mulher sobre o seu próprio corpo em prol da proteção do nascituro, que embora seja digno de proteção, esta não pode se sobrepor a proteção da mulher, trata-se aqui de uma verdadeira ponderação de direitos.

Nesse aspecto, deve-se buscar um ponto de equilíbrio entre o direito a autonomia da mulher e a proteção da vida intrauterina, buscando-se alcançar um resultado no qual se tenha o menor sacrifício dos bens jurídicos tutelados.

A vida intrauterina é de fato protegida pela Constituição Federal, em seu artigo 5º <sup>13</sup>, no entanto, tal proteção tem intensidade substancialmente menor do que a conferida a pessoa já nascida. <sup>14</sup> E uma forma comprovação dessa afirmação está na intensidade da penalidade aplicada aquele que comete o crime de aborto em contrapartida ao crime de homicídio. Enquanto o aborto tem uma pena média de 1 a 4 anos, o crime de homicídio tem uma pena que varia de 6 a 20 anos de reclusão. <sup>15</sup>

Isso não significa dizer que a vida intrauterina não mereça proteção, pois de fato merece, porém, a via do direito penal e a criminalização da conduta do aborto tem se mostrado uma medida de proteção ineficiente e desproporcional. O mais coreto e talvez mais eficiente seria tratar tal tema em sede de saúde pública.

A Constituição Federal assegura o direito a saúde em seu artigo 6º, dentro desse aspecto, deve-se mencionar que a organização mundial de saúde define que o tal direito não se define apenas pela ausência de doenças, mas também inclui em seu conceito o

<sup>12</sup>BRASIL. STF. *HC nº 107638 PE*, Relator: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621167/habeas-corpus-hc-107638-pe-stf/inteiro-teor-110022059?ref=juris-tabs> > Acesso em: 22 mar. 2020.

<sup>13</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2020.

<sup>14</sup>SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

<sup>15</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2020.

completo bem esta físico e psicológico da pessoa.<sup>16</sup> Assim, considerando o aborto como uma questão de saúde pública, o tema deve ser analisado sob o prisma da ciência, sem interferências de dogmas morais ou religiosos.

Dentro do direito à saúde há que se levar em conta também os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, que constam no rol dos direitos humanos, e não há como afirmar que tais direitos estão sendo garantidos e respeitados enquanto ainda for considerada ilegal a prática do aborto. Ou seja, soma-se a equação da ponderação de direitos também o desrespeito aos direitos sexuais e reprodutivos, fazendo a balança pender e demonstrar que a atual postura legal mais viola do que protege bens jurídicos relevantes.<sup>17</sup>

No que se refere às estatísticas dos casos concretos de abortos ilegais, cabe ressaltar que comprovar a ineficácia da norma incriminadora é extremamente complicado, posto que não existe um número concreto de casos de aborto realizados clandestinamente, já que se trata de um ato ilegal. Não há como se afirmar com certeza quantos procedimentos são realizados, e quais as suas consequências para a saúde pública como um todo.

Entre os escassos estudos encontrados, de acordo com a Pesquisa Nacional de Aborto (PNA) no ano de 2016, quase 1 em cada 5 brasileiras, aos 40 anos já realizou, pelo menos, um abortamento. Em 2015, foram, aproximadamente, 416 mil mulheres. Como o levantamento foi apenas na área urbana, a estimativa é de 503 mil abortos. O estudo foi coordenado pela antropóloga Debora Diniz, pesquisadora da Anis - Instituto de Bioética, instituição que pede a descriminalização do aborto na ADPF 442<sup>18</sup>, junto com o PSol.<sup>19</sup>

Além disso, o aborto clandestino é a quinta maior causa de morte materna no país, ou seja, a normal penal não está sendo eficiente em salvar as vidas intra-uterinas, e tem

---

<sup>16</sup> Organização Mundial da Saúde. *Constituição da Organização Mundial da Saúde. Documentos básicos*, suplemento da 45 ed. Outubro de 2006. Disponível em espanhol em: <[https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)>. Acesso em: 22 mar. 2020.

<sup>17</sup> VENTURA, Miriam. *Direitos reprodutivos no Brasil*. 2. ed. Brasília: UNFPA – Fundo de População das Nações Unidas, 2004 [e-book].

<sup>18</sup> BRASIL. STJ. *ADPF nº 442*. Relator: Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

<sup>19</sup> FERNANDES, Marcella. *Aborto no Brasil: Como os números sobre abortos legais e clandestinos contribuem no debate da descriminalização*. Disponível em: <[https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/31/aborto-no-brasil-como-os-numeros-sobre-abortos-legais-e-clandestinos-contribuem-no-debate-da-descriminalizacao\\_a\\_23486575/](https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/31/aborto-no-brasil-como-os-numeros-sobre-abortos-legais-e-clandestinos-contribuem-no-debate-da-descriminalizacao_a_23486575/)>. Acesso em: 30 mar. 2020.



como consequência a morte ou o comprometimento da saúde de muitas mulheres, conforme dados obtidos pela Rede Feminina de saúde.<sup>20</sup>

Independentemente de comprovação numérica, o fato é que uma lei que não consegue impedir aquilo a que se propõe é uma lei inócua, sem eficácia, e, portanto, sem sentido para continuar a existir.<sup>21</sup>

Tendo em conta tal ineficácia, tramita no Supremo Tribunal Federal a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental número 442, na qual se pede que a Corte declare a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição Federal de 1988, excluindo do âmbito de sua incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária quando realizada nas primeiras 12 semanas de gestação.<sup>22</sup> No entanto, após anos de discussões e ouvidos diversos especialistas, a resolução da questão parece estar longe do fim.

Por fim, deve se levar em conta que o código penal atual data do ano de 1940, momento em que não se discutia e nem se levava em conta o direito à autonomia reprodutiva da mulher, e que de lá para cá diversos direitos foram alcançados, nada mais justo do que se fazer uma atualização também das normas penais relacionadas a tal evolução social. Além disso, o direito deve sempre se renovar, se atualizar, pois apenas assim será um instrumento capaz de garantir o equilíbrio e harmonia social.

### 3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

A Constituição elenca uma série de valores, direitos e princípios, como a liberdade, a dignidade da pessoa humana, a vida, a segurança, dentre outros. E dentro de tal enumeração inexistente qualquer hierarquia que coloque à vida expressamente acima dos demais valores constitucionalmente considerados. Destaca-se que nada para a Constituição é absoluto, e tudo deve ser sopesado de acordo com as necessidades advindas de cada situação específica, em um sistema de balanceamento entre escolhas

---

<sup>20</sup> Dossiê aborto: mortes preveníveis e evitáveis: dossiê, Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 442*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+>>>. Acesso em: 30 mar .2020.

constitucionais, que deságue na proporcionalidade e adequação da aplicação destes princípios.<sup>23</sup>

A ideia de supremacia do valor vida, em detrimento de outros valores constitucionalmente relevantes, não advém de leitura ou interpretação da Constituição, e nem de escolhas jurídico-rationais demonstráveis. Tal forma de ler a Constituição tem origem na influência da religião sobre as escolhas legislativas, que conta ainda com a chancela estatal, o qual, apesar de ser laico, ainda se pauta por imperativos religiosos e morais.

A legislação não pode se pautar em dogmas machistas, religiosos e em achismos sem qualquer embasamento científico e jurídico. Ela deve se pautar na efetiva concretização dos princípios explícitos e implícitos estabelecidos pela Constituição Federal. Não cabe a religião influenciar na edição e manutenção de normas anacrônicas, que derivam de uma sociedade patriarcal e distante da real ideia do que consiste em ser um estado laico.

Pode-se afirmar também que a Constituição Federal assegura o direito a intimidade a todos os cidadãos. Além disso, é pacífico o entendimento de que devem ser assegurados aos direitos fundamentais e constitucionais a sua máxima efetividade, ou seja, partindo-se dessa premissa é possível afirmar que o direito a intimidade da mulher deve ser amplo o suficiente para abarcar a sua livre decisão acerca do seu planejamento familiar e opção de ter ou não um filho.

Para corroborar essa premissa, o artigo 227, parágrafo 6º da Constituição federal assegura o direito ao planejamento familiar e dispõe que devem ser assegurados os princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. Assevera ainda que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, cabendo ao Estado apenas proporcionar os recursos para o exercício de tais direitos, e não deve de forma alguma interferir de forma coercitiva nesse aspecto.<sup>24</sup>

Ou seja, resta evidente, portanto, que a criminalização absoluta do abortamento viola os preceitos constitucionais acima elencados e diversos outros ainda não mencionados, sendo a atual normal penal incompatível, portanto, com a norma hierarquicamente superior.

---

<sup>23</sup>TOTH, Marina. *O aborto criminalizado como regra é inconstitucional*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2016-set-29/marina-toth-aborto-criminalizado-regra-inconstitucional?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2016-set-29/marina-toth-aborto-criminalizado-regra-inconstitucional?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)> Acesso em: 28 mar.2020.

<sup>24</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2020.



Diante da inércia do poder legislativo em rever as normas penais ultrapassadas, tem recaído sobre o judiciário o papel de equalizar esse descompasso entre a norma e a realidade social atual. Como exemplo, cita-se o *Habeas Corpus* de nº 124306, no qual Primeira Turma STF, afastou a prisão preventiva de denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha. No teor do voto, afirma-se que:

[...] 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. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a 2 igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria[...]<sup>25</sup>

Ressalta-se que não se discute aqui a necessidade do disposto no artigo 125 do Código Penal<sup>26</sup>, eis que tal dispositivo o que se puni a realização do aborto sem o consentimento da mulher. Nesse aspecto a norma penal tem sentido de existir, pois protege a integridade física da mulher e do nascituro e principalmente a sua liberdade de escolha.

No entanto, a provocação do aborto em si mesma (art. 124 do Código Penal)<sup>27</sup> ou a provocação do aborto, mediante técnica apropriada, com o consentimento da gestante, em ambos os casos dentro de um prazo razoável, não configura fato verdadeiramente criminoso, o que há é o punitivismo simbólico.

Tal simbolismo advém da religião, mas não apenas dela. Há que se considerar também os resquícios de uma sociedade baseada em um sistema patriarcal de família. Não se pode esquecer que até pouco tempo atrás as mulheres eram vistas como civilmente incapazes, cabendo aos seus pais ou maridos o domínio de sua vida. Em decorrência desse histórico social, ainda hoje, depois de décadas, a sociedade ainda vê a mulher como uma

<sup>25</sup>BRASIL.SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 124306. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

<sup>26</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2020.

<sup>27</sup>Ibid.

figura materna, causando estranheza as que se opõem por escolhas particulares e não biológicas.<sup>28</sup>

Dito isso, pode-se discutir ainda a violação ao princípio da igualdade entre homens e mulheres consagrado no caput do artigo 5º da Constituição<sup>29</sup>, pois embora ultrapassados muitos anos de sua edição, ainda não é possível afirmar que há igualdade de condições no que tange aos seus direitos sexuais e reprodutivos femininos, já que existem costumes machistas e dogmas religiosos que entavam a evolução dessa normatização.

O descompasso da legislação penal encontra suas raízes também no conservadorismo das forças políticas nacionais, pois a maioria da população brasileira é cristã, o que inibe uma discussão imparcial sobre o tema aborto pelos parlamentares que temem a perda de votos dos fies. E para além do receio da perda de votos, parte dos parlamentares são tem suas religiões e pautam sua atuação como representante do povo em seus próprios dogmas religiosos.

Enquanto o debate for colocado nesses termos polarizados, os dois lados não poderão raciocinar em conjunto, pois nada terão sobre o que raciocinar ou ser razoáveis. Um dos lados acredita que o feto humano já é um sujeito moral, uma criança não nascida, a partir do momento da concepção. O outro acredita que um feto recém-concebido não passa de um aglomerado de células sob o comando não de um cérebro, mas apenas de um código genético, e que, nesse caso, é uma criança tanto quanto um ovo recém-fertilizado é um frango. Nenhum dos lados é capaz de oferecer um argumento que o outro possa aceitar - não há nenhum fato biológico à espera de ser desco- berto, nenhuma analogia moral esmagadora à espera de ser inventada que possa resolver o problema. Trata-se de uma questão de convicções inatas, e o máximo que podemos pedir a cada lado não é que compreenda o outro, ou mesmo que o respeite, mas apenas uma pálida civilidade, o tipo de civilidade que se poderia esperar de um incompreensível, mas perigoso marciano. Se a divergência for realmente tão forte, não poderá haver nenhuma transigência baseada em princípios; na melhor das hipóteses, haverá apenas um frágil e melindroso empate, definido pelo puro poder político. [...];<sup>30</sup>

Cabe ainda mencionar que a criminalização do aborto não afeta apenas o direito intimidade e a autonomia reprodutiva da mulher, mas afeta incontáveis direitos fundamentais. Esse sistema reflete ainda a vulnerabilidade da mulher frente ao modelo repressivo da lei penal, já que apenas tem seus direitos violados e ainda é penalizada por isso.

---

<sup>28</sup>SILVEIRA, Patrícia. *A (in)constitucionalidade do rime de aborto no caso de gravidez indesejada*. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=19932](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=19932)>. Acesso em: 01 mai.2020.

<sup>29</sup>BRASIL, op. Cit.

<sup>30</sup>DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p 11.



A legalização do aborto é um tema que remete a um debate interminável, pois envolve não apenas a conclusão científica e jurídica sobre o tema. Essa discussão envolve de forma errônea conceitos de moralidade, opiniões e dogmas religiosos que deveriam se abster dentro de um estado laico.

Por meio desse trabalho é possível notar que a autonomia feminina, seus direitos fundamentais e reprodutivos valem apenas no papel, postos como adorno para simular uma falsa ideia de proteção. Já que de fato, na realidade do dia a dia não há qualquer política pública que busque uma solução para tamanha violação.

Essa inércia quanto a solução do problema pode ser atribuída ao poder legislativo, que pauta suas decisões políticas em garantir futuros votos, mesmo que as custas da violação de diversos direitos constitucionalmente garantidos.

Assim como o direito à liberdade religiosa e de expressão merecem proteção e respeito, os direitos reprodutivos e autonomia feminina sobre seu próprio corpo também merecem o mesmo tratamento. E a proteção de um não deve interferir na efetivação do outro. É isso que busca a laicidade do estado.

Várias são as pressões e cobranças que uma mulher sofre desde o seu nascimento, e ver o seu corpo como um instrumento de procriação a qualquer custo é uma delas. Não cabe ao direito penal se imiscuir no tema como forma de solução. Antes de tal solução drástica é preciso se voltar para atitudes preventivas como educação sexual, e quando necessário, atuação médica para solução de um problema que cabe a saúde pública resolver.

Diante das precárias pesquisas apresentadas devido a criminalização da conduta, já seria possível afirmar que a criminalização não inibe a realização do aborto, mas apenas força a sua realização de forma clandestina e sem os devidos cuidados médicos e orientação psicológica. E mais, essa prática leva diversas mulheres á óbito ou complicações de saúde que seriam evitáveis com o simples respeito aos seus direitos.

Por fim, não há que se questionar sobre a existência dos direitos reprodutivos expressamente consolidados na Constituição, mas há que se atentar para o descompasso do Código Penal em relação a lei maior. Há quem afirme ter havido uma verdadeira derrogação da legislação penal incriminadora do aborto, mas isso ainda é assunto de debate acadêmico. Cabe ao legislador se atentar as evoluções trazidas pela Carta Maior e

reformular as normas que não condizem com ela, e muito menos com a atual realidade social.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 10.406*, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> . Acesso em: 30 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n°124.306*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em:<<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 30 de jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 442*. Relator: Ministra Rosa 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: 30 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal federal. *HC 107638 PE*, Relator: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621167/habeas-corpus-hc-107638-pe-stf/inteiro-teor-110022059?ref=juris-tabs> > Acesso em: 22 mar. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). *Resolução n° 1.480/97*. Disponível em: < [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480\\_1997.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm)> Acesso em: 29 set. 2019.

*Dossiê aborto: mortes preveníveis e evitáveis: dossiê*, Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDES, Marcella. *Aborto no Brasil: Como os números sobre abortos legais e clandestinos contribuem no debate da descriminalização*. Disponível em: <[https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/31/aborto-no-brasil-como-os-numeros-sobre-abortos-legais-e-clandestinos-contribuem-no-debate-da-descriminalizacao\\_a\\_23486575/](https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/31/aborto-no-brasil-como-os-numeros-sobre-abortos-legais-e-clandestinos-contribuem-no-debate-da-descriminalizacao_a_23486575/)>. Acesso em: 30 mar. 2020.





MOURA, Ana Paula Araújo. *O direito à vida do nascituro e a dignidade da gestante*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67332/o-direito-a-vida-do-nascituro-e-a-dignidade-da-gestante#>> Acesso em: 19. Set. 2019.

Organização Mundial da Saúde. *Constituição da Organização Mundial da Saúde. Documentos básicos, suplemento da 45 ed. outubro de 2006*. Disponível em espanhol em: <[https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)>. Acesso em: 22 mar.2020.

QUEIROZ, Paulo. *Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico*. IBCcrim, nº 74, 1999.

REGODANÇO, Pedro Henrique Leoni. *Teoria do Direito Penal Mínimo*. Adequação do Direito Penal à sociedade contemporânea. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71911/teoria-do-direito-penal-minimo>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

SEQUEIRA, Eduardo. *A atividade cerebral como critério para o início e fim da vida*. Disponível em: <<https://nossaciencia.com.br/colunas/a-atividade-cerebral-como-criterio-para-o-inicio-e-fim-da-vida/>> Acesso em: 29 set. 2019.

SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

VENTURA, Miriam. *Direitos reprodutivos no Brasil*. 2. ed. Brasília: UNFPA – Fundo de População das Nações Unidas, 2004 [e-book].

## A INCONSTITUCIONALIDADE DO DEFERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA POR DELEGADOS DE POLÍCIA

Leonardo Cerqueira Lopes

Graduado pela Universidade Veiga de Almeida – UVA. Advogado.

**Resumo** – a temática da violência doméstica e familiar contra a mulher se mostra cada vez mais relevante, sendo objeto de incessantes discussões não somente no âmbito social, como também no meio jurídico. Em decorrência disso, surge a Lei nº 13.827/19, que prevê a possibilidade de delegados de polícia e até mesmo policiais deferirem as medidas protetivas de urgência em favor da vítima. A essência deste trabalho é discorrer sobre a inovação legislativa e apontar os vícios de inconstitucionalidade material observados na nova norma, dentre os quais a violação da cláusula da reserva de jurisdição, bem como a violação aos direitos fundamentais de inviolabilidade do domicílio e do devido processo legal.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito Penal e Processual Penal. Lei nº 11.340/06. Lei Maria da Penha. Lei nº 13.827/19. Inconstitucionalidade.

**Sumário** – Introdução. 1. Uma análise dos motivos ensejadores da edição da Lei nº 13.827/19. 2. A contrariedade do artigo 12-C da Lei Maria da Penha em face da Constituição. 3. Críticas e possíveis medidas que podem ser adotadas para a solução do problema que visava a Lei nº 13.827/19 solucionar. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa realizar uma análise predominantemente jurídica, mas também social, da Lei nº 13.827/19, publicada em 13 de maio de 2019, que acrescentou o artigo 12-C à Lei nº 11.340/06, publicada em 7 de agosto de 2006.

A Lei nº 11.340/06, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao prever, em prol das vítimas de crimes cometidos nos âmbitos doméstico e familiar, a concessão das chamadas medidas protetivas de urgência. Tais medidas protetivas de urgência possuem natureza jurídica de medidas cautelares diversas da prisão e se consubstanciam, necessariamente, em privação de direitos dos quais são titulares os acusados no respectivo processo criminal.

Essas medidas protetivas podem ser deferidas pelo magistrado tanto no processo penal, no qual se apura a prática de crime cometido contra a mulher em situação de violência doméstica e familiar, quanto em procedimento autônomo chamado de “Medida Protetiva de Urgência”, que possui natureza cível. Fato é que somente um magistrado, em regra, poderia deferir essas medidas protetivas, uma vez que, como mencionado, trata-se de medidas cautelares que importam em restrição aos direitos dos réus.



Ocorre que a Lei nº 13.827/19 inseriu alguns dispositivos na Lei Maria da Penha, autorizando que delegados de polícia e até mesmo policiais civis defiram, de forma excepcional e em favor da vítima, o afastamento do agressor do lar. Tais dispositivos são objeto de análise e crítica no presente trabalho, que se mostra relevante na medida em que a previsão legal objeto de discussão tem notório valor não somente jurídico, mas também social, tendo em vista os alarmantes índices de violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, que demonstram números crescentes a cada ano.

O objetivo deste artigo é, pois, expor as inovações procedimentais trazidas pela Lei nº 13.827/19 ao procedimento das medidas protetivas de urgência; criticá-las, na medida em que tais inovações se mostram completamente contrárias ao ordenamento jurídico pátrio e, se possível, trazer possíveis soluções para o problema que visava a referida lei evitar, qual seja, que mais vítimas venham a ter lesados bens jurídicos de suma importância, tais como a vida e a integridade corporal.

O primeiro capítulo do presente trabalho aborda os motivos que ensejaram o legislador à produção da Lei nº 13.827/19, ou seja, quais eram os objetivos do legislador ao editar a referida norma e qual problemática visava ele solucionar com a criação da mencionada lei.

O segundo capítulo, por sua vez, trata dos dispositivos legais propriamente ditos, objeto de análise deste trabalho, confrontando-os com o texto constitucional e analisando os fundamentos pelos quais a referida lei deve ser considerada como inconstitucional e, por conseguinte, expurgada do ordenamento jurídico.

Já o terceiro capítulo, por fim, tem como objetivo discutir as possíveis medidas que podem ser adotadas para a solução dos problemas que visava a lei impugnada solucionar, e tem, como questão norteadora, quais medidas efetivas podem e devem ser adotadas pelos poderes constituídos a fim de reduzir o número de crimes, mormente os crimes de feminicídio e lesões corporais praticadas contra mulheres no âmbito da violência doméstica e familiar.

A pesquisa no presente trabalho é realizada por meio do processo dedutivo, qual seja, aquele que parte de uma base geral, de uma premissa geral, até atingir o objetivo particular. Para tanto, o objeto abordado na presente pesquisa possui abordagem qualitativa, pois parte da análise, interpretação e crítica de uma lei que se mostra controvertida e visa, ao fim, solucionar um problema.

## 1. UMA ANÁLISE DOS MOTIVOS ENSEJADORES DA EDIÇÃO DA LEI Nº 13.827/19

Preliminarmente, é imperioso destacar o contexto no qual surgiu a Lei nº 11.340/06. Conhecida como Lei Maria da Penha, a referida legislação não emergiu ao ordenamento jurídico brasileiro em razão de espontânea vontade do legislador nacional.

Ao revés, a Lei Maria da Penha foi resultado de represálias sofridas pelo Estado Brasileiro, emitidas por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em razão de uma sistemática violação aos direitos humanos que vinha ocorrendo e que, por sinal, ainda ocorre no território nacional, mais especificamente os direitos das mulheres, representadas por Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica cearense<sup>1</sup>.

Após sofrer duas tentativas de homicídio e passar pelo descaso do Poder Judiciário Brasileiro, a vítima mencionada socorreu-se à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, de forma frutífera, logrou obter a condenação do agressor. Além disso, foram exercidas diversas pressões, por parte do Órgão Internacional, para que o Brasil editasse uma lei que fosse, de fato, não somente protetiva no âmbito normativo, mas que também se mostrasse eficaz no que tange à proteção dos direitos das mulheres.

Diante desse cenário é que surge a Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha, que prevê, em seu artigo 6º, que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”<sup>2</sup>.

Cediço é de que a violência contra a mulher, infelizmente, não é uma realidade somente no Brasil, mas uma tendência no mundo inteiro. Tal realidade advém de passado não muito remoto, cuja sociedade era regida pelo patriarcado, este entendido como a supremacia do homem em relação à mulher, ou até mesmo a autoridade que um homem exerce sobre uma mulher em determinada relação.

Os dados<sup>3</sup> expostos pela OMS – Organização Mundial da Saúde – demonstram que, por todo o globo terrestre, ao menos 35% (trinta e cinco por cento) das mulheres já sofreu algum tipo de violência doméstica e familiar.

<sup>1</sup> GELEDES. *Brasil só criou Lei Maria da Penha após sofrer constrangimento internacional*. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/brasil-criou-lei-maria-da-penha-apos-sofrer-constrangimento-internacional/>>. Acesso em: 01 out. 2019.

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei nº 11.340* de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 01 out. 2019.

<sup>3</sup> COMPROMISSO E ATITUDE. *Alguns números sobre a violência contra as mulheres no mundo*. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/alguns-numeros-sobre-aviolencia-contra-as-mulheres-no-mundo/>>. Acesso em: 01 out. 2019.



Após a edição da Lei Maria da Penha, cujo objetivo era o de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, conforme consta do preâmbulo da referida lei, esperava-se que os índices de violência doméstica e familiar contra a mulher, no Brasil, diminuíssem.

O que se observou, de fato, foi uma diminuição nos índices de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme constatado pelo Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

De acordo com o mencionado Instituto, após a promulgação da Lei Maria da Penha, em 2006, “houve uma discreta redução dos casos – de 5,18 casos a cada 100 mil, em 2005, para 5,02, em 2006, e 4,74, em 2007. Em 2008, no entanto, quando a lei já estava em vigor, os casos voltaram a subir, 5,07 a cada 100 mil; em 2009, 5,38”<sup>4</sup>.

Convém destacar, contudo, que esses aumentos nos índices de violência decorrem não somente do aumento da violência propriamente dita, que é o objeto do registro.

Esses aumentos são decorrentes, inclusive, do fato de que, antes da referida legislação, tais índices de violência não eram registrados e analisados como violência doméstica e familiar contra a mulher, até porque tal conceito não existia, ao menos sob a ótica legal. Tratavam-se, meramente, de lesões corporais, ameaças, homicídios, enfim, crimes comuns que tinham como vítimas as mulheres, sem se perquirir se estas se encontravam em situação de violência doméstica e familiar.

Desta forma, com o advento da lei, a tendência só poderia ser no sentido de que os índices aumentassem.

Como prova de tal assertiva, constata-se que entre os meses de janeiro a julho do ano de 2018, por exemplo, os dados demonstram que 63.116 mulheres foram vítimas de algum tipo de violência doméstica e familiar, conforme divulgado pelo Ministério dos Direitos Humanos.<sup>5</sup>

Pois bem. Foi em razão não somente dos mencionados índices, mas também de outros registros alarmantes sobre violência doméstica e familiar contra a mulher, seja em âmbito nacional, seja no âmbito dos estados federados, que veio a tona a motivação para a

---

<sup>4</sup> SARRES, Carolina. *Desconhecimento e impunidade prejudicam aplicação da Lei da Maria da Penha, mostra Ipea (Agência Brasil – 25/09/2013)*. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/desconhecimento-e-impunidade-prejudicam-aplicacao-da-lei-da-maria-da-penha-mostra-ipea-agencia-brasil-25092013/>>. Acesso em: 01 out. 2019.

<sup>5</sup> MDH. *MDH divulga dados sobre feminicídio*. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/agosto/ligue-180-recebe-e-encaminha-denuncias-de-violencia-contra-as-mulheres>>. Acesso em: 01 out. 2019.



edição de diversas leis, tais como a Lei nº 13.104/15, publicada em 9 de março de 2015, e a Lei nº 13.827/19, publicada em 13 de maio de 2019.

Historicamente se observa, mormente pela edição de leis de conteúdo penal e processual penal, que a produção legislativa brasileira somente ocorre para solucionar problemas que já existem no mundo fático, não normativo.

Em outras palavras, é mais cômodo, benéfico e menos dispendioso, para os poderes constituídos, a edição de leis que visem inibir determinados comportamentos tidos como não desejáveis. Em vez de se promover investimentos em políticas públicas de conscientização por parte do Poder Executivo, por exemplo, acaba optando o Poder Legislativo pela via repressiva penal, por meio da criação de lei que, destaque-se, é sua função típica.

Foi exatamente essa situação que levou à produção da Lei nº 13.104/15, que tipificou penalmente o crime de feminicídio<sup>6</sup>. A mesma situação é vislumbrada quando se analisa a efetividade das medidas protetivas de urgência, previstas na Lei Maria da Penha.

Segundo prelecionam Cláudia Barros Portocarrero e Wilson Luiz Palermo Ferreira<sup>7</sup>, as medidas protetivas de urgência possuem natureza jurídica de medidas cautelares inominadas. Essas medidas cautelares diversas da prisão devem ser entendidas como toda e qualquer medida, imposta pelo juiz da causa, ao réu do processo, que visem garantir a efetividade daquele processo penal.

Conforme bem destacado pelos mencionados autores, para que seja deferida a medida protetiva de urgência, devem estar presentes os requisitos das medidas cautelares diversas da prisão, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, entendidos respectivamente como os indícios de autoria e materialidade do crime, bem como o “perigo na demora da prestação jurisdicional, demora essa que faria com que a mesma se tornasse inócua”<sup>8</sup>.

## 2. A CONTRARIEDADE DO ARTIGO 12-C DA LEI MARIA DA PENHA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO

Antes de explicitar os motivos pelos quais o artigo 12-C da Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha – é considerado inconstitucional e, por conseguinte, deve ser expurgado do

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei nº 13.104*, de 9 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm#art1)>. Acesso em: 01 out. 2019.

<sup>7</sup> PORTOCARRERO, Cláudia Barros; FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. *LEIS PENAS EXTRAVAGANTES: Teoria, jurisprudência e questões comentadas*. 3. ed. Salvador: JusPodivm. 2018. p. 1164.

<sup>8</sup> Ibid.



ordenamento jurídico, se faz necessário discorrer, ainda que de forma breve, sobre o conceito de inconstitucionalidade, bem como também se mostra relevante traçar algumas ideias gerais sobre o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade.

Conforme as clássicas lições de Hans Kelsen<sup>9</sup>, toda e qualquer norma jurídica, para ser considerada válida, necessita extrair seu fundamento de validade de outra norma, imediatamente a ela superior. A constituição, como não poderia deixar de ser, é a norma fundamental, a norma suprema do ordenamento jurídico, encontrando-se no topo da pirâmide normativa. Em razão dessa posição hierárquica superior, todos os demais atos normativos, inferiores à constituição, devem encontrar fundamento de validade nesta. Nos termos da doutrina<sup>10</sup>, “a Constituição passa a ser o parâmetro para a elaboração de todos os demais atos normativos estatais (...). O princípio da supremacia formal da Constituição exige que todas as demais normas (...) estejam de acordo com o texto constitucional.”

Daí se extrai o conceito de inconstitucionalidade, que seria toda e qualquer ação ou omissão que “ofende, no todo ou em parte, a Constituição”<sup>11</sup>. Feitas essas considerações acerca do conceito de inconstitucionalidade, passa-se às ideias gerais sobre a ação direta de inconstitucionalidade.

A ADI – ação direta de inconstitucionalidade – é um instrumento processual que possui arrimo constitucional no artigo 102, I, “a” da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 –, segundo o qual cabe ao Supremo Tribunal Federal o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual<sup>12</sup>. O procedimento da ADI, por sua vez, está devidamente regulamentado na Lei nº 9.868/99, publicada em 10 de novembro de 1999<sup>13</sup>.

O objetivo do autor, na ADI, é a procedência do pedido para que seja declarada a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado e, nos termos do artigo 102, § 2º da CRFB/88, “as decisões definitivas de mérito (...) produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”<sup>14</sup>. Isso significa dizer que, uma

<sup>9</sup> KELSEN apud FRIEDE, Reis; CARLOS, André. *Lições esquematizadas de introdução ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013. p. 37.

<sup>10</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 16. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 724-725.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 727.

<sup>12</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>13</sup> BRASIL. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.



vez declarada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, tal decisão produzirá efeitos em relação a todas as pessoas que estão ou estariam sujeitas à aplicação da lei ou do ato normativo impugnado na ação. Além disso, os órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário ficam à decisão vinculados, de modo que qualquer ação ou omissão contrários ao que fora decidido na ADI será passível de impugnação por meio da reclamação<sup>15</sup>. O efeito vinculante, por ausência de previsão constitucional, não alcança o Poder Legislativo.

A consequência da procedência do pedido formulado em sede de ADI é a extirpação, do ordenamento jurídico, da lei ou do ato normativo impugnado, uma vez que, após o devido processo legal, ela foi considerada inconstitucional.

Traçadas essas premissas básicas, analisar-se-á o teor do artigo 12-C da Lei nº 11.340/06, e porque ele deve ser considerado inconstitucional. Para a análise da inconstitucionalidade do artigo 12-C da Lei nº 11.340/06, imprescindível se faz o conhecimento do seu teor. Acrescentado pela Lei nº 13.827/19, publicada em 13 de maio de 2019, o artigo 12-C da Lei nº 11.340/06 prevê que:

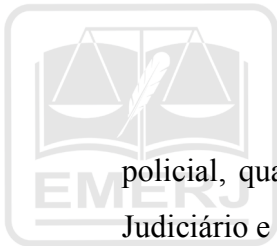
Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: I - pela autoridade judicial; II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. § 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. § 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.<sup>16</sup>

Em apertada síntese, de acordo com o dispositivo supramencionado, quando a mulher em situação de violência doméstica e familiar estiver correndo algum tipo de risco, poderá procurar auxílio da autoridade policial, representada pelo Delegado de Polícia, nos Municípios nos quais não houver comarca do Poder Judiciário, a quem caberá a atribuição de deferir e efetivar a medida protetiva de urgência de afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, medida protetiva esta prevista no artigo 22, II, da Lei nº 11.340/06. Em seguida, prevê a redação legal que o deferimento de tal medida caberá ao

<sup>15</sup> MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2017. p. 755.

<sup>16</sup> BRASIL. *Lei nº 13.827*, de 13 de maio de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.





policial, quando o Município no qual reside a ofendida não for sede de comarca do Poder Judiciário e não houver delegado de polícia disponível no momento da denúncia.

A redação do retrotranscrito artigo 12-C é eivada de inconstitucionalidade material, na medida em que atenta contra diversas regras e princípios constitucionais. Dentre eles, destacam-se os princípios do devido processo legal e o da inviolabilidade do domicílio, bem como viola a cláusula de reserva de jurisdição e, por fim, o próprio princípio da isonomia.

O primeiro direito constitucional violado pelo citado artigo 12-C é o direito à segurança do domicílio, que pode ser entendido como o “respeito ao espaço, delimitado e autônomo, reservado à vida íntima ou atividade profissional da pessoa [...]”<sup>17</sup>. Diante do reconhecimento de tal direito fundamental, prevê a CRFB/88, em seu artigo 5º, XI<sup>18</sup>, que ninguém poderá adentrar na casa do indivíduo sem o seu consentimento, a não ser em hipóteses excepcionais, para a prestação de socorro, em caso de desastre, em casos de flagrância de delito ou, durante o dia, mediante a determinação judicial.

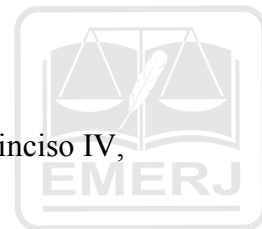
A medida cautelar prevista no artigo 22, II, da Lei nº 11.340/06, que prevê o afastamento do agressor do lar, por ser medida restritiva de direitos que envolve a retirada forçada de pessoa do seu âmbito residencial, pressupõe a entrada da autoridade policial e dos agentes de polícia, civil e militar, no asilo inviolável do indivíduo, sem a sua autorização, o que vai de encontro ao previsto no mencionado artigo 5º, XI, da CRFB/88. Tal fundamento, por si só, demonstra a inconstitucionalidade do afastamento do agressor do lar por meio da autoridade policial, sem lastro em mandado judicial, expedido pelo juiz competente.

Resta claro, ainda, que a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, em que pese seja uma situação de urgência que deva ser solucionada de forma imediata, não se enquadra como hipótese de desastre. Também não há que se falar no enquadramento da violência doméstica e familiar como hipótese de prestação de socorro, uma vez que para que haja o afastamento do agressor do lar, primeiramente é necessário que a mulher em situação de violência compareça à delegacia de polícia e registre a ocorrência, para que somente então a autoridade policial proceda à medida restritiva do direito do agressor. Logo, não se encontra mais a mulher em situação que necessite de socorro imediato, o que autorizaria o ingresso dos policiais na residência do agressor.

Por fim, não é possível, da mesma forma, a subsunção da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher à hipótese de flagrante delito, uma vez que o crime porventura praticado contra a vítima já teria ocorrido há tempo suficiente o bastante para

<sup>17</sup> BERTOLO apud MORAES, op. cit., p. 220.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.



afastar o flagrante próprio do inciso II e, com mais razão, o flagrante presumido do inciso IV, ambos do artigo 302 do Código de Processo Penal<sup>19</sup>.

Outra violação às normas constitucionais, causada pela edição do artigo 12-C ora em análise, se dá pela contrariedade do mencionado dispositivo com o princípio do devido processo legal, este previsto no artigo 5º, LIV, da CRFB/88<sup>20</sup>. Segundo a moderna doutrina<sup>21</sup>, o devido processo legal abrange não somente o sentido processual, mas também o sentido material ou substantivo. Sob a perspectiva processual, o devido processo legal indica que em determinado procedimento que possa resultar em restrição de direitos, deve ser assegurado ao acusado a paridade de armas, para que este tenha condições isonômicas de litigar em face do estado-acusação. Por sua vez, sob a perspectiva material, surge o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade<sup>22</sup> e seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O ora tratado princípio determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”<sup>23</sup>. Permitir que não somente a autoridade policial, representada pelo Delegado de Polícia, mas também que demais agentes da polícia civil procedam ao deferimento da medida protetiva de afastamento do agressor do lar conjugal é permissão que não encontra espeque constitucional, por se chocar com o princípio do devido processo legal, de forma que viola a cláusula da reserva de jurisdição, a ser entendida como o conjunto constitucional de restrição de direitos que somente compete ao Poder Judiciário decretar, por ordem escrita e fundamentada nos termos do artigo 93, IX, da CRFB/88.

No mesmo sentido foi o entendimento da Associação dos Magistrados Brasileiros que, em conjunto com a Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – COPEVID –, apresentou solicitação de veto parcial ao Projeto de Lei nº 94 de 2018, que deu origem à Lei nº 13.827/19. Entendeu a entidade de classe que “é, portanto, flagrantemente inconstitucional que a restrição de direitos fundamentais sensíveis seja transferida da esfera judicial para a esfera policial, ao argumento simplório de que o Poder Judiciário seria lento ou omissivo”<sup>24</sup>. Da mesma forma vem se posicionando o Supremo

<sup>19</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>21</sup> BAHIA, Flávia. *Direito constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm. 2020. p. 264.

<sup>22</sup> Ibid., p. 265.

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 35760/2019 na ADI 6138*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5696989>>. Acesso em: 20 abr. 2020.



Tribunal Federal, conforme se observa da ementa do Mandado de Segurança nº 23452/RJ<sup>25</sup>, no qual se decidiu que:

[...] A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, (...) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. [...]

Por conseguinte, o deferimento de tal medida cautelar por órgãos de outros poderes constituídos, que não o Judiciário, é previsão que viola o artigo 2º da CRFB/88, que prevê a separação tripartida dos poderes.

Como se não bastasse, também merece destaque que o artigo 12-C impõe à autoridade policial e aos agentes da polícia civil determinadas atribuições que extrapolam o disposto no artigo 144, § 4º, da CRFB/88. Segundo o mencionado dispositivo da carta maior, cabe à polícia civil “as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais”<sup>26</sup>. A previsão que determina a atribuição do delegado de polícia e do policial para o deferimento de medidas protetivas de urgência – que, no âmbito da Lei Maria da Penha, se dão dentro de processo judicial de natureza penal ou também nos processos de natureza civil – é previsão que claramente ultrapassa o limite constitucional de atribuição da autoridade policial, desenhado pelo constituinte originário à polícia judiciária.

### 3. CRÍTICAS E POSSÍVEIS MEDIDAS QUE PODEM SER ADOTADAS PARA A SOLUÇÃO DO PROBLEMA QUE VISAVA A LEI Nº 13.827/19 SOLUCIONAR

Mostra-se oportuno mencionar que a previsão do artigo 12-C também viola o princípio da isonomia, consagrado no *caput* do artigo 5º da CRFB<sup>27</sup>. Apesar do mandamento constitucional disposto no artigo 226, § 8º da CRFB/88, segundo o qual “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”<sup>28</sup>, deve-se atentar para o fato de que a previsão trazida pelo artigo 12-C é medida que vai de encontro à isonomia material,

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 23452/RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Ibid.

na medida em que normatiza desnecessariamente o tratamento diferenciado a ser dado entre as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar que vivem em Municípios que são sede de comarcas do Poder Judiciário e aquelas que vivem em Municípios onde não há essas instalações do Poder Judiciário, quando, em verdade, deveria diminuir a desigualdade entre essas pessoas, mormente por meio das políticas de ação afirmativa ou discriminação positiva<sup>29</sup>.

O que aqui se afirma é que, em pese o intuito do legislador fosse trazer maior proteção para aquelas mulheres que se encontram em situação de violência doméstica e familiar, residentes em Municípios nos quais não há comarca do Poder Judiciário, acabou o legislador por criar outro problema, qual seja, a distinção de tratamento entre essas mulheres e aquelas que, da mesma forma, também sofrem violência doméstica, mas que residem em Municípios onde há comarca do Poder Judiciário devidamente instalada.

E perceber tal distinção de tratamento entre essas mulheres é essencial, principalmente no Brasil, país de dimensão continental, no qual é de notório conhecimento de que em diversos Municípios não há instalação de comarca do Poder Judiciário.

Conforme dados divulgados no relatório “Justiça em Números”, realizado pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça – em 2019, constatou-se que somente 48,5% dos municípios brasileiros são sede da Justiça Estadual<sup>30</sup>, ramo do Poder Judiciário competente para o processo e julgamento dos processos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher.

Isso significa dizer que nos 51,5% restantes dos Municípios, nos quais não há comarca do Poder Judiciário, a análise dos requisitos ensejadores do deferimento da medida protetiva de urgência de afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, medida protetiva esta prevista no artigo 22, II, da Lei nº 11.340/06, caberá aos delegados de polícia e aos policiais, nos termos do artigo 12-C, incisos II e III, da Lei nº 11.340/06.

Se o número de medidas protetivas de urgência deferidas fosse irrisório, até seria possível defender a tese de se transferir o deferimento dessas medidas cautelares aos delegados de polícia, ainda que passível de confirmação posterior pelo juiz competente, conforme pretendeu a Lei nº 13.827/19.

---

<sup>29</sup> BAHIA, Flávia. *Direito constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm. 2020, p. 172.

<sup>30</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf)>. Acesso em: 05 mai. 2020.



Todavia, é o contrário que prevalece, tendo em vista que os dados demonstram que o número de medidas protetivas de urgência vem aumentando ano após ano. Segundo o Painel de Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ –, divulgado no dia 09 de março de 2020, foram deferidas 249.406 medidas protetivas de urgência em 2016, ao passo que em 2017 esse número aumentou para 301.319. Já no ano de 2018, o número de medidas protetivas voltou a subir, chegando ao resultado de 336.640, e aumentando mais 19,9% no ano de 2019, num total de 403.646 medidas protetivas de urgência deferidas<sup>31</sup>.

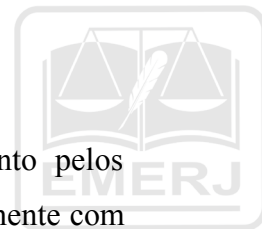
Pela análise de tais dados, e com a nova atribuição da polícia civil para o deferimento da medida protetiva de urgência de afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, chega-se à constatação alarmante de que, com o advento da Lei nº 13.827/19, houve, via edição legislativa, uma verdadeira delegação de competência, do Poder Judiciário para as autoridades policiais, para o deferimento de tal medida protetiva de urgência, tendo em vista que os números dessas medidas protetivas deferidas são deveras expressivos, e não meramente irrisórios. Tal delegação de competência é flagrantemente inconstitucional, como mencionado alhures, por violar a separação dos poderes, norma contida no artigo 2º da CRFB/88 e que, convém destacar, também é tida como cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º do texto constitucional.

Uma medida que poderia ser adotada pelo Poder Judiciário como forma de solução dessa problemática, qual seja, o deferimento de medidas protetivas de urgência por delegados de polícia e policiais civis, é a possibilidade de a vítima requerer as medidas protetivas por meio da rede mundial de computadores, ou seja, *on-line*. Tal medida já é aplicada no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, e será possível também no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>32</sup>.

Outra medida que também podem ser eficaz é o alargamento dos plantões judiciários. Tais plantões poderiam ser realizados não somente nos municípios que sediam comarcas da justiça estadual, como ocorre atualmente, mas também poderiam se dar com a presença de juízes de direito nas delegacias de polícia desses municípios nos quais não há instalações do Poder Judiciário, para a análise dos requerimentos de medidas protetivas feitos pelas vítimas

<sup>31</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Disponível em <[https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shVDResumo](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shVDResumo)>. Acesso em: 05 mai. 2020.

<sup>32</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Violência doméstica: registro de ocorrência e pedidos de medidas protetivas serão feitos on-line*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7181708>>. Acesso em: 19 mai. 2020.



de violência doméstica e familiar, o que afastaria a necessidade de deferimento pelos delegados de polícia, por conseguinte, estando em acordo com a constituição, mormente com a cláusula de reserva de jurisdição.

Trata-se de medida plenamente viável, pois já é comum, em diversos Estados da federação, a presença de juízes de direito em órgãos, prédios e edifícios que não fazem parte da estrutura do Poder Judiciário, como nas Centrais de Custódia, geralmente localizadas dentro de presídios<sup>33</sup>, onde são realizadas as Audiências de Custódia daqueles que foram presos em flagrante delito.

Outra medida que pode ser adotada pelos Estados – mormente nos Estados com maiores números de Municípios em que não há comarca do Poder Judiciário<sup>34</sup> –, por meio da Polícia Militar, e também nos Municípios, por meio das Guardas Municipais, é a adoção de medidas de prevenção contra a violência doméstica e familiar contra a mulher.

No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, já houve a instituição de parceria entre os Poderes Executivo (representado pela Polícia Militar) e Judiciário (representado pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher), para a prevenção e combate mais rigoroso da violência de gênero contra a mulher. Trata-se da “Patrulha Maria da Penha – Guardiões da Vida”<sup>35</sup>. Por meio de tal programa conjunto, viaturas policiais e policiais militares são designados exclusivamente para a verificação do cumprimento das medidas protetivas de urgência deferidas em favor das vítimas de violência doméstica, o que vem gerando resultados positivos, principalmente evitando a reincidência de agressores. No Município de Três Rios, por exemplo, “a iniciativa evitou muitos desfechos trágicos. (...) Após o acompanhamento da equipe de policiais militares especializados, a reincidência de agressões caiu de 79% para 3,5%.”<sup>36</sup>

Constata-se, dessa forma, que a melhor alternativa para solucionar os índices de violência doméstica e familiar contra a mulher – que era o principal objetivo da Lei nº 13.827/19 – é a adoção de medidas conjuntas por meio dos poderes constituídos, em especial o Executivo e o Judiciário. Tais medidas podem ser de conscientização, prevenção, e até

---

<sup>33</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário. *Justiça do Rio atinge a marca de quase 20 mil audiências de custódia*. Disponível em: <<http://gmf.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5265985/6120768>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

<sup>34</sup> Tais como Tocantins, Piauí e Paraíba, Estados nos quais mais de 20% da população residem em Municípios nos quais não há nenhuma comarca do Poder Judiciário para atendimento dos jurisdicionados, de acordo com os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no “Justiça em Números”, no ano de 2019.

<sup>35</sup> BRITO, Julia de. *Governo do Estado lança programa Patrulha Maria da Penha*. Disponível em: <[http://www.rj.gov.br/NoticiaDetalhe.aspx?id\\_noticia=720](http://www.rj.gov.br/NoticiaDetalhe.aspx?id_noticia=720)>. Acesso em: 05 mai. 2020.

<sup>36</sup> Ibid.



mesmo de repressão, quando necessário. O que não se pode conceber é a adoção, pelo Poder Legislativo, de leis atécnicas que violem o texto constitucional.

## CONCLUSÃO

Conforme melhor abordado na introdução e ao longo do presente trabalho, o escopo do mesmo era trazer um panorama geral dos alarmantes índices de violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, os quais estão em ascensão, como mostram os dados apresentados ao longo do trabalho, e são constantemente usados pelo Poder Legislativo como justificativa para a edição de novas normas penais e processuais penais, dentre elas, a Lei nº 13.827/19.

Além disso, tinha-se como objetivo expor as inovações procedimentais trazidas pela mencionada lei ao procedimento das medidas protetivas de urgência, inovações essas traduzidas na possibilidade de delegados de polícia e policiais civis deferirem as medidas protetivas de urgência às vítimas; bem como realizar um intenso processo crítico dessas inovações no ordenamento jurídico, na medida em que são eivadas pelo vício da inconstitucionalidade.

Ao final, foram abordadas algumas medidas e ações que poderiam ser adotadas pelos poderes constituídos, a fim de que tais índices de violência doméstica e familiar contra a mulher sejam reduzidos, sem prejuízo, todavia, das disposições constitucionais, as quais foram constantemente violadas pela edição da Lei nº 13.827/19.

Destarte, concluiu-se pela inconstitucionalidade material das disposições trazidas pela Lei nº 13.827/19 à Lei Maria da Penha, em que pese tenha tido o legislador um propósito bem intencionado, qual seja, melhorar a prestação jurisdicional em relação às vítimas de violência doméstica e familiar, por meio do deferimento das medidas protetivas de urgência pelos delegados de polícia e policiais civis.

Constatou-se que a norma objeto do presente trabalho incorreu em inconstitucionalidade material pela violação da cláusula da reserva de jurisdição, bem como pela violação aos direitos fundamentais de inviolabilidade do domicílio e do devido processo legal, além de também violar os princípios da separação dos poderes e da isonomia.

Em que pese seja um tema de extrema relevância na sociedade contemporânea, mormente com a situação de pandemia causada em decorrência da COVID-19, na qual diversas mulheres se encontram 24 horas por dia isoladas socialmente e em quarentena com



os seus alçozes, a violência de gênero e o seu imprescindível combate pela via legislativa não podem abrir espaços para eventuais inconstitucionalidades.

Verificou-se, por fim, que é possível a tomada de decisões conjuntas, por parte dos três poderes – principalmente por parte do Executivo e do Judiciário –, bem como a adoção de medidas mais eficazes para a prevenção e repressão dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, casos tais que devem ser combatidos com veemência.

## REFERÊNCIAS

BAHIA, Flávia. *Direito constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm. 2020.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros\\_20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros_20190919.pdf)>. Acesso em: 05 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Disponível em: <[https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shVDRResumo](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shVDRResumo)>. Acesso em: 05 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 01 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.104*, de 9 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm#art1)>. Acesso em: 01 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.827*, de 13 de maio de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 23452/RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Petição 35760/2019 na ADI 6138*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsp?seqobjetoincidente=5696989>>. Acesso em: 20 abr. 2020.





\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário. *Justiça do Rio atinge a marca de quase 20 mil audiências de custódia*. Disponível em: <<http://gmf.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5265985/6120768>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Violência doméstica: registro de ocorrência e pedidos de medidas protetivas serão feitos on-line*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7181708>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

BRITO, Julia de. *Governo do Estado lança programa Patrulha Maria da Penha*. Disponível em: <[http://www.rj.gov.br/NoticiaDetalhe.aspx?id\\_noticia=720](http://www.rj.gov.br/NoticiaDetalhe.aspx?id_noticia=720)>. Acesso em: 05 mai. 2020.

COMPROMISSO E ATITUDE. *Alguns números sobre a violência contra as mulheres no mundo*. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/alguns-numeros-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres-no-mundo/>>. Acesso em: 01 out. 2019.

FRIEDE, Reis; CARLOS, André. *Lições esquematizadas de introdução ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

GELEDES. *Brasil só criou Lei Maria da Penha após sofrer constrangimento internacional*. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/brasil-criou-lei-maria-da-penha-apos-sofrer-constrangimento-internacional/>>. Acesso em: 01 out. 2019.

MDH. *MDH divulga dados sobre feminicídio*. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/agosto/ligue-180-recebe-e-encaminha-denuncias-de-violencia-contra-as-mulheres>>. Acesso em: 01 out. 2019.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 16. ed. São Paulo: Método, 2017.

PORTOCARRERO, Claudia Barros; FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. *LEIS PENAS EXTRAVAGANTES: Teoria, jurisprudência e questões comentadas*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

SARRES, Carolina. *Desconhecimento e impunidade prejudicam aplicação da Lei da Maria da Penha, mostra Ipea (Agência Brasil – 25/09/2013)*. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/desconhecimento-e-impunidade-prejudicam-aplicacao-da-lei-da-maria-da-penha-mostra-ipea-agencia-brasil-25092013/>>. Acesso em: 01 out. 2019.

## A ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL ATRAVÉS DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO: ANÁLISE DO ENQUADRAMENTO DO ART. 190 DO CPC AO ART. 784, XII, DO CPC

Lucas Machado de Barcelos

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado. Juiz Leigo no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

**Resumo** – a execução no âmbito do processo civil é marcada pela autonomia privada. Diante desse aspecto e com a redação do artigo 190 do Código de Processo Civil, que possibilitou a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, discute-se a possibilidade de atribuição de eficácia executiva a um contrato através desse novo instrumento processual. O presente trabalho irá abordar sobre a possibilidade ou não dessa atribuição, os requisitos de validade do negócio jurídico processual atípico e o papel do magistrado no controle da validade desse negócio jurídico processual.

**Palavras-chave** – Direito Processual Civil. Negócio jurídico processual atípico. Título executivo extrajudicial.

**Sumário** – Introdução. 1. A atribuição de eficácia de título executivo extrajudicial por meio de negócio jurídico processual atípico. 2. Requisitos de validade do negócio jurídico processual atípico. 3. O papel do magistrado no controle validade desse negócio jurídico processual. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil (CPC), inaugurou-se com mais expressividade a figura do negócio jurídico processual, previsto no artigo 190 do CPC. Nesse sentido, em uma visão de processo cooperativo, princípio norteador desse novo Código (art. 6º), as partes podem dispor de seus interesses no âmbito do processo civil, inclusive alterando o procedimento ou instituindo calendário processual.

Sabe-se que o negócio jurídico processual não é uma realidade nova no direito brasileiro. Antes do advento do CPC, já havia previsão de negócios jurídicos processuais, dentre eles: eleição de foro competente; convenção de arbitragem; suspensão do processo a fim de composição amigável etc. Contudo, é com CPC que se estabelece uma cláusula geral para celebração de negócios jurídicos processuais, o que possibilita a realização de um negócio jurídico processual atípico.

É diante desse recém instituído na sua figura atípica que se indaga sobre a possibilidade das partes, por meio de um negócio jurídico processual, no momento da



celebração de um contrato sobre determinada prestação, já estabelecerem que aquele contrato constitui um título executivo extrajudicial, dispensando a assinatura de duas testemunhas.

Em linhas gerais, objetiva-se discutir o papel das partes na elaboração desse negócio jurídico processual atípico ao atribuir eficácia de título extrajudicial, conferindo redução da formalidade e ao mesmo tempo celeridade na celebração de contratos.

O presente estudo se justifica, pois, constata-se uma ineficácia da norma prevista no artigo 190 do CPC no âmbito da execução, por ausência de estímulo a celebração de negócio jurídicos atípicos, bem como um papel defensivo dos magistrados na homologação desses negócios jurídicos processuais. Dessa forma, o trabalho terá como enfoque a possibilidade de atribuição de eficácia de título executivo extrajudicial por meio de negócio jurídico processual, dispensando a assinatura de duas testemunhas como forma de reduzir a formalidade.

Inicia-se o primeiro capítulo abordando sobre a possibilidade ou não de realização de negócio jurídico processual atípico para atribuir eficácia de título executivo a um contrato, defendendo a sua possibilidade.

No segundo capítulo será feita uma análise de quais seriam os requisitos de validade de negócio jurídico processual em geral. Demonstrando que os requisitos de validade desse negócio jurídico processual atípico se assemelham aos requisitos do artigo 104 do Código Civil, Lei nº 10.406/2002.

Por fim, o terceiro capítulo debaterá o papel do magistrado no controle da validade das convenções dadas entre as partes, analisando o controle judicial somente de requisitos formais e a desnecessidade de homologação judicial desse negócio jurídico.

A pesquisa será desenvolvida pelo método dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende utilizar uma cadeia de raciocínio descendente, da análise geral para a particular, até a conclusão, com o fito de comprovar os objetivos específicos ou rejeitá-los de forma argumentativa.

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

## 1. A ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL POR MEIO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

Conforme definido por Câmara<sup>1</sup>, título executivo é um “ato jurídico dotado de eficácia executiva”. Trata-se de um mecanismo de incidência de responsabilidade patrimonial sobre o devedor. Há duas grandes divisões no direito brasileiro das espécies de título executivo são elas: títulos executivos judiciais (formados através de um processo desenvolvido em contraditório) e títulos executivos extrajudiciais (atos jurídicos que o Direito Processual Civil dotou de eficácia executiva).

Para o presente artigo, interessa o estudo voltado para os títulos extrajudiciais, mais especificamente a hipótese prevista no artigo 784, XII, do CPC<sup>2</sup>, que remete à disposição legal a possibilidade de atribuição de eficácia de executiva. Nesse contexto, o CPC permite que a própria lei atribua eficácia de título executivo extrajudicial a determinados atos jurídicos, não havendo o exaurimento ou a taxatividade de um rol de hipóteses no artigo 784 do CPC.

Diante disso, infere-se que a disposição prevista no artigo 190 do CPC<sup>3</sup> constitui uma cláusula geral de celebração de negócios jurídicos processuais. Como observou Cortes<sup>4</sup>, não se trata de uma mera disposição de direito material, mas sim de uma hipótese de alterar o próprio procedimento, através do convencionalismo das partes. Essa possibilidade é respaldada pelos princípios gerais inseridos no CPC, que instituíram uma noção de processo cooperativo<sup>5</sup>.

Como esclarecido por Didier e Cabral<sup>6</sup>, a execução realiza-se para atender o interesse do exequente. Nessa lógica, verifica-se que muitos aspectos relacionados a autonomia privada estão presentes no âmbito da execução e que estão consagrados no próprio CPC. Assim entende-se que prevalece nessa seara o princípio dispositivo na execução<sup>7</sup>. Por exemplo, o exequente, em regra, pode desistir da execução independente do consentimento do executado,

<sup>1</sup>CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 328-329

<sup>2</sup>BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 18 dez. 2019.

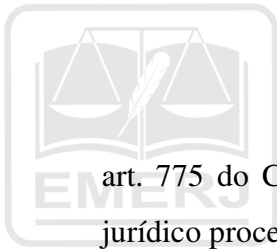
<sup>3</sup>Ibidem.

<sup>4</sup>CORTES, Estefânia. *A possibilidade da criação de título executivo através das convenções processuais*. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/440189864/a-possibilidade-da-criacao-de-titulo-executivo-atraves-das-convencoes-processuais>>. Acesso em: 21 out. 2019.

<sup>5</sup>Nesse sentido, observem a redação do art. 6º do CPC em que estabelece o dever de cooperação entre as partes para solução do mérito de forma justa e efetiva.

<sup>6</sup>DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, v. 275/2018, p. 193 – 228, jan. 2018. p. 2.

<sup>7</sup>STÜRNER apud ibidem, p. 4.



art. 775 do CPC<sup>8</sup>. Como ressaltam esses autores, a desistência da execução é um negócio jurídico processual unilateral típico, comum do direito brasileiro.

Outra hipótese de negócio jurídico executivo unilateral é o *pacto non exequendo* em que o titular do crédito executivo se compromete a não o executar, nesse caso subsiste a pretensão cognitiva. Em razão de subsistir essa pretensão é que esse negócio se configura um negócio jurídico processual, pois o crédito, o direito material ainda existe. Dentro dessa ótica mencionada por Didier e Cabral<sup>9</sup>, eles entendem ser possível a retirada de eficácia executiva de um título extrajudicial. Ao afirmar que as partes de uma relação poderiam retirar a eficácia de um título executivo pelo *pacto non exequendo*, os autores reforçam o argumento com o disposto no artigo 785 do CPC<sup>10</sup>, isto é, se a parte pode optar por não ajuizar uma ação de execução e promover uma demanda pelo processo de conhecimento, as partes podem previamente estipular que aquele título não terá eficácia executiva.

O que se pretende agora é discutir a outra face desse exemplo, se é possível as partes retirarem a eficácia de título executivo através do *pacto non exequendo*, também seria possível que elas pudessem atribuir essa eficácia executiva? Em outras palavras, a hipótese em debate corresponde na conjugação desses dois dispositivos legais, art. 784, XII e art. 190 ambos do CPC, se é possível conferir eficácia executiva a determinado ato jurídico por meio da cláusula geral de negócios jurídicos processuais.

Conforme apresentado anteriormente, não é recente a hipótese de celebração de negócios jurídicos processuais. O que o CPC possibilitou foi ampliar o objeto sobre o qual recairá esse negócio jurídico processual, deixando-o à livre disposição das partes, com pequenas ressalvas.

Nesse contexto de autonomia privada das partes, discute-se o alcance da expressão “lei” contida na remissão prevista no artigo 784, XII, do CPC. Apenas a lei, *stricto sensu*, poderia atribuir eficácia de título executivo extrajudicial? Parece que não. Conforme argumentado anteriormente, títulos executivos extrajudiciais são atos jurídicos estabelecidos entre as partes de determinada relação obrigacional, ou seja, são formados a partir da autonomia privada das partes e em razão disso a lei atribui eficácia executiva a determinados atos.

---

<sup>8</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>9</sup>DIDIER JR, op. cit., p. 6.

<sup>10</sup>Ibidem.

Didier e Cabral<sup>11</sup> afirmam que o rol de títulos executivos extrajudiciais é composto de atos jurídicos em que há o predomínio da vontade das partes. Há ainda títulos sem a expressa manifestação do executado, tais como duplicata sem aceite, certidão de dívida ativa.

Nesse sentido, o artigo 200 do CPC<sup>12</sup> estabelece que as declarações de vontade das partes produzem imediatamente a constituição de direitos processuais. Assim, quando o art. 784, XII do CPC menciona o termo lei, interpreta-se de forma extensiva e sistemática o art. 200 do CPC ampliando sua extensão para abarcar que as declarações das partes também possam atribuir força executiva aos negócios jurídicos, independente da presença de duas testemunhas.

Esse entendimento é acompanhado por Didier e Cabral<sup>13</sup>, veja-se:

[...] no Brasil, vivemos o dogma da legalidade para os títulos executivos, normalmente justificado na falsa premissa de que não há título senão quando a lei assim o disser. No entanto, a lógica de que não haverá execução sem título (*nulla executio sine titulo*, forte no art. 783 do CPC) nada diz a respeito da proveniência deste título, se de fonte legal ou negocial. Aliás, o próprio art. 771 do CPC admite que se aplicará o procedimento de cumprimento de sentença para “os efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva”. E, pela autorização genérica do art. 190 do CPC, a lei passou a conferir à vontade das partes o poder de instituir cláusulas executivas no Brasil.

Câmara<sup>14</sup> também entende dessa forma, para ele é possível a atribuição de eficácia executiva por meio de negócio processual atípico. Cita o exemplo de uma confissão de dívida feita por instrumento particular subscrita apenas pelo devedor, sem testemunhas, contendo a cláusula atribuindo ao ato eficácia de título executivo.

A redação contida no artigo 190 do CPC<sup>15</sup> permite que as partes convençionem sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Isso pode ocorrer não só durante o processo, mas antes dele. Portanto, diante dessa noção de processo cooperativo, disponibilidade do procedimento de execução e da possibilidade de outros títulos executivos extrajudiciais previstos fora do rol do art. 784 do CPC<sup>16</sup>, afigura-se possível a celebração de negócio jurídico processual para dotar um ato jurídico privado de eficácia executiva.

Em que pese admitirem a possibilidade aqui debatida, Didier e Cabral<sup>17</sup> tecem críticas de ordem prática para essa atribuição, veja-se:

---

<sup>11</sup>Ibidem.

<sup>12</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>13</sup>DIDIER JR, op. cit., p. 8.

<sup>14</sup>CÂMARA, op. cit., p. 343.

<sup>15</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>16</sup>Ibidem.

<sup>17</sup>DIDIER JR, op. cit., p. 8.

não obstante, embora em tese seja admissível o acordo processual para dar força executiva a um documento, a amplitude do nosso rol de títulos executivos torna esta opção improvável na prática. É mais fácil buscar duas testemunhas para assinar um contrato (e assim preencher os requisitos do art. 784, III, do CPC para torná-lo título executivo), do que correr o risco de acreditar na autonomia da vontade e quiçá ver o Judiciário no futuro, resistente às convenções processuais para criação de título executivo, pronunciar a invalidade do acordo.

Não se mostra justificável a crítica. De fato, esse problema pode existir, mas os operadores do direito não podem se furtar das possibilidades que a lei possa proporcionar. Além disso, a comunidade acadêmica e a sociedade devem aprimorar o debate e conferir o máximo de eficácia a esse instituto previsto no artigo 190 do CPC<sup>18</sup>.

Dessa forma, se o próprio procedimento de execução extrajudicial pode ser alterado, renunciado pelo exequente ou desistido por ele, não se verifica óbice que as próprias partes instituem ou iniciem o procedimento, dotando o ato jurídico de força executiva, por meio da cláusula geral prevista no artigo 190 do CPC<sup>19</sup>.

## 2. REQUISITOS DE VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

É possível diante de uma rápida inferência afirmar que os requisitos de validade do negócio jurídico processual atípico são os mesmos de qualquer negócio jurídico celebrado pelas partes. Porém, essa afirmativa não é exatamente tão simples assim.

Antes de tecer considerações específicas sobre esse negócio jurídico processual, precisamos retomar alguns aspectos dos negócios jurídicos em geral a luz do Direito Civil para depois voltar para essa análise específica do nosso objeto de estudo.

Como explica Tartuce<sup>20</sup>, negócios jurídicos são antes de tudo fatos jurídicos. Eles são enquadrados dentro da categoria de fatos humanos, especificamente dentro da subcategoria atos lícitos ou também denominados ato jurídico *latu sensu*. Nesse aspecto, a principal característica do negócio jurídico é a vontade. É importante mencionar o conceito de negócio jurídico<sup>21</sup> para após mencionarmos seus aspectos:

Negócio jurídico – é o fato jurídico, com elemento volitivo qualificado, cujo conteúdo seja lícito, visando a regular direitos e deveres específicos de acordo com os interesses das partes envolvidas. Diante de uma composição de vontade de partes, que dita a existência de efeitos, há a criação de um instituto jurídico próprio, visando

<sup>18</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>19</sup>Ibidem.

<sup>20</sup>TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 535.

<sup>21</sup>Ibidem, p. 542.

a regular direitos e deveres. A expressão tem origem na construção da negação do ócio ou do descanso (neg + otium), ou seja, na ideia de movimento.

Outro aspecto nodal dos negócios jurídicos e que os diferencia dos atos jurídicos *stricto sensu* é a perseguição dos efeitos jurídicos. Caio Mário<sup>22</sup> ilustra muito bem essa diferença que merece ser explicada:

observa-se, então, que se distinguem o “negócio jurídico” e o “ato jurídico”. Aquele é a declaração de vontade, em que o agente persegue o efeito jurídico (Rechtsgeschäft); no ato jurídico *stricto sensu* ocorre manifestação volitiva também, mas os efeitos jurídicos são gerados independentemente de serem perseguidos diretamente pelo agente. Todos eles são fatos humanos voluntários. Os “negócios jurídicos” são, portanto, declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente; os “atos jurídicos *stricto sensu*” são manifestações de vontade, obedientes à lei, porém geradoras de efeitos que nascem da própria lei.

Dessa forma, pode-se sintetizar os negócios jurídicos em geral como a conjugação de duas grandes características: manifestação/declarações de vontade; e produção de efeitos jurídicos pretendidos. Simplificando ainda mais essa definição, negócio jurídico é uma vontade vinculada a uma intenção<sup>23</sup>. Essa característica, vontade, é a que sustenta a tese do capítulo um já abordado. Infere-se que os indivíduos quando celebram um negócio jurídico processual atípico manifestam sua intenção de que aquele acordo seja honrado pela outra parte. Dessa forma, ambos esperam e desejam que o acordo que celebraram tenha eficácia de título executivo.

Ultrapassada essa análise conceitual geral, analisa-se os requisitos para os negócios jurídicos. Dentro dessa ótica e partindo da noção clássica da escada Pontean<sup>24</sup>, os negócios jurídicos devem ser analisados em um plano de existência, validade e eficácia.

No plano da existência, os negócios jurídicos dependem de quatro fatores: agente (pessoa natural ou jurídica); vontade; objeto; e forma. Esses são os pressupostos, requisitos mínimos para que o negócio jurídico exista.

No plano da validade, há uma qualificação dos pressupostos de existência. O agente necessita ser *capaz*. A vontade tem que ser livre e sem vícios. O objeto, por sua vez, deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. Por fim, a forma tem que ser prescrita ou não defesa em lei. Todos esses requisitos estão descritos no Código Civil através da redação do artigo 104<sup>25</sup>. Os negócios jurídicos que não preencham esses requisitos são considerados

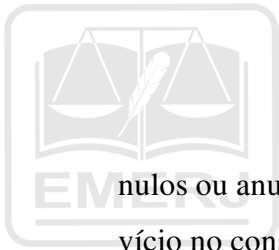
<sup>22</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*. Atual. Rev. Maria Celina Bodin de Moraes. v. I. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 387-388.

<sup>23</sup>Ibidem. p. 389.

<sup>24</sup>TARTUCE, op. cit., p. 552-553.

<sup>25</sup>BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)





nulos ou anuláveis, exemplo do negócio jurídico celebrado pelo relativamente incapaz ou com vício no consentimento<sup>26</sup>.

Ao final, no plano da eficácia ou último degrau da escada estão os elementos que tem relação com as consequências do negócio jurídico, isto é, regras relacionadas com a suspensão de direitos e deveres, os elementos acidentais do negócio (condição, termo, encargo, modo), regras de inadimplemento negocial etc<sup>27</sup>.

Por fim, como é possível inferir da redação do artigo 104 do CC, que inaugura o capítulo destinado aos negócios jurídicos, percebe-se que o ordenamento civilista brasileiro não concebeu o plano da existência de forma distinta e autônoma, mas sim dentro do plano da validade<sup>28</sup>.

É importante esclarecer que o objeto desse estudo não é pormenorizar cada um dos institutos que compõem os negócios jurídicos em geral, mas sim analisar os efeitos desses institutos e de outros requisitos dentro da ótica do negócio jurídico processual atípico. Nesse sentido, parte-se da premissa estabelecida no Enunciado 403 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)<sup>29</sup>, verifica-se:

Enunciado 403: (art. 190; art. 104, Código Civil) A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. (Grupo: Negócios processuais).

Dessa forma, além desses requisitos de validade estabelecidos pelo Código Civil, há outros estabelecidos tanto no próprio Código de Processo Civil, como também na construção doutrinária. Infere-se do parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil (CPC)<sup>30</sup> que os negócios jurídicos processuais não podem ser inseridos de forma abusiva em contratos de adesão ou em que alguma parte se apresente em situação de vulnerabilidade.

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

---

m>. Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>26</sup>TARTUCE, op. cit., p. 554.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 555.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup>FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIL. 2017, Florianópolis. *Enunciados*. Disponível em: <<https://institutodccom.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>30</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.



A princípio, em uma visão superficial, parece que essa redação do parágrafo único do artigo 190 do CPC exclui a aplicação dos negócios jurídicos processuais dos contratos de consumo e dos contratos de adesão. Essa percepção pode ser refutada parcialmente com base em um enunciado do FPPC. Especificamente com relação aos contratos de adesão, o FPPC consolidou o entendimento no Enunciado 408<sup>31</sup> de que quando houver em contrato de adesão cláusula ambígua ou contraditória versando sobre negócio jurídico processual, deve-se adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Assim, infere-se que para o FPPC é possível a existência de negócio jurídico processual em contratos de adesão.

Com relação aos contratos de consumo, não há enunciado específico nesse sentido. Entretanto, ao analisar a vulnerabilidade, instituto típico dos contratos de consumo<sup>32</sup>, o FPPC entendeu que a ausência de assistência jurídica na elaboração de negócio jurídico processual corresponde a um indício de vulnerabilidade<sup>33</sup>. Dessa forma, pode-se concluir que a despeito da redação do artigo 190 do CPC é possível a existência de negócio jurídico processual em contratos de adesão e, em regra, deve haver a participação de um advogado em sua elaboração.

Didier e Cabral<sup>34</sup> estabelecem mais algumas diretrizes quanto ao objeto de um negócio jurídico processual dentro da execução, veja-se:

- i) não se admite negócio jurídico processual que exclua as sanções decorrentes da prática de ilícitos processuais;
- ii) admite-se renúncia do direito à multa e a promessa de não executar o valor da multa;
- iii) admite-se negócio jurídico processual em que se aceite, previamente, o uso de medidas executivas atípicas como técnica principal (não subsidiária) de efetivação da decisão;
- iv) admite-se negócio jurídico processual em que se aceite, previamente, o uso de determinadas medidas executivas atípicas, que passam, por isso, a ser medidas típicas, de origem negocial.

Não obstante tal conclusão, é necessário esclarecer que o controle de validade dos negócios jurídicos processuais deve ser feito segundo a regra de que não há invalidade sem haver prejuízo. E ainda que exista determinada invalidade, se determinado extrato do negócio jurídico processual ainda for válido, poderá ser reconhecida a invalidade parcial. Em outro

<sup>31</sup>FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. op. cit. nota 17. Enunciado 408: (art. 190; art. 423, Código Civil) Quando houver no contrato de adesão negócio jurídico processual com previsões ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. (Grupo: Negócios processuais).

<sup>32</sup>BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>33</sup>FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. op. cit. nota 17. Enunciado 18: (art. 190, parágrafo único) Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. (Grupo: Negócio Processual).

<sup>34</sup>DIDIER JR, op. cit., p. 9.



aspecto, se o negócio jurídico de direito material for inválido, o negócio jurídico processual atípico poderá subsistir, observa-se:

Enunciado 16 (art. 190, parágrafo único) O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo. (Grupo: Negócio Processual);

Enunciado 134 (Art. 190, parágrafo único) Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente. (Grupo: Negócios Processuais)

Enunciado 409 (art. 190; art. 8º, caput, Lei 9.307/1996) A convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserida, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual. (Grupo: Negócios processuais)

Portanto, conclui-se que os requisitos de validade de um negócio jurídico processual atípico são semelhantes à de qualquer negócio jurídico, art. 104 do CC, e é necessário que não exista vulnerabilidade entre as partes (ou seja, em tese não é possível em contratos de consumo), faz-se necessário também assistência jurídica na celebração do contrato e em caso de contratos de adesão deve ser dada interpretação mais favorável ao aderente. Por fim, ainda que exista invalidade deve ser comprovado efetivo prejuízo e, sendo possível, deve ser declarada parcialmente a invalidade.

### 3. O PAPEL DO MAGISTRADO NO CONTROLE VALIDADE DESSE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Como antecipado no capítulo anterior, o artigo 190, parágrafo único, do CPC<sup>35</sup> atribui ao juiz o papel de controlador da validade dos negócios jurídicos processuais. Neste capítulo, o objeto de estudo se circunscreve em descobrir qual o alcance desse controle pelo magistrado.

Nesse sentido, infere-se que o juiz poderá atuar tanto de ofício como a requerimento das partes no controle dos negócios jurídicos processuais<sup>36</sup>. Conforme assinala Didier e Cabral<sup>37</sup>, é compreensível essa atribuição de ofício, pois deriva de um histórico publicista do processo civil e que no âmbito da execução representa a substituição da vontade do executado (cumprimento voluntário da obrigação – adimplemento) pela vontade do Estado (cumprimento forçado da obrigação – execução).

---

<sup>35</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>36</sup>Ibidem.

<sup>37</sup>DIDIER JR, op. cit., p. 3.



Por outro lado, a atual tendência do Processo Civil, conforme explicitado no capítulo 1, equivale a uma virada na tutela executiva, sendo orientada mais para os objetivos das partes do que para poder de império do Estado. Assim, o legislador quando da redação parágrafo único do artigo 190 do CPC, apesar de conferir atuação de ofício ao magistrado, limita sua atuação para os casos de nulidade ou inserção abusiva nos contratos de adesão ou situações de vulnerabilidade.

Esse cotejo de atribuições, quando analisado no âmbito das execuções e tendo em vista o caráter de autonomia privada presente nesse momento processual, limita, em síntese, a atuação do magistrado no controle de validade apenas nas normas de ordem pública.

Um exemplo da possibilidade dessa atuação jurisdicional de controle sobre negócios jurídicos processuais é o caso em que as partes convençionem a inaplicabilidade das sanções decorrentes de ato atentatório à dignidade da justiça (art. 77 do CPC<sup>38</sup>) ou litigância de má-fé (art. 80 do CPC<sup>39</sup>).

Ambos os dispositivos são orientações gerais de conduta e decorrem da principiologia do CPC que visa à boa-fé e a paridade de tratamento, nesse sentido é que está previsto nos artigos 5º e 7º do CPC. Portanto, o juiz poderia atuar no controle dessa cláusula e afastá-la do caso concreto para salvaguardar as partes. Se fosse admitido entendimento diverso, Didier e Cabral<sup>40</sup> ressaltam que equivaleria a admitir ilícitos dentro do processo.

Outro exemplo de atuação do juiz nesse controle é elucidado pelo enunciado 20 do FPPC<sup>41</sup>:

(art. 190) Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos.

Inferese que todas as normas que o enunciado faz referência são normas de ordem pública, competência absoluta, recursos, impedimentos. Aqui, mais uma vez, o controle se faz necessário e presente.

Conforme salientado por Câmara<sup>42</sup>, uma hipótese em que não seria possível o controle judicial seria o caso em que o juiz verificasse o descumprimento de um negócio

---

<sup>38</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>39</sup>Ibidem.

<sup>40</sup>DIDIER JR, op. cit., p. 3.

<sup>41</sup>FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. op. cit., nota 17.

<sup>42</sup>CÂMARA, op. cit., p. 129.



jurídico processual. Nesse caso, o juiz não poderia atuar de ofício<sup>43</sup> para obrigar as partes a cumprir o negócio, uma vez que nessa hipótese poderia ensejar uma resilição bilateral do negócio jurídico<sup>44</sup>.

Assim, podemos concluir nesse momento que o papel do juiz no controle da validade dos negócios jurídicos processuais restringe-se a normas de ordem pública, não podendo incidir sobre normas de caráter disponível. Portanto, verificadas situações de vulnerabilidade, vícios no negócio jurídico ou abusividade de cláusulas é dever do magistrado controlar a sua validade.

Além desses fatos, chama atenção sobre a necessidade ou não de homologação judicial desse acordo processual. Em uma visão publicista de processo civil, o leitor pode imaginar que se faz necessário a homologação judicial do negócio jurídico processual para que ele passa a produzir efeitos e vincule as partes. Essa noção pode ser afastada pela própria redação do artigo 190 do CPC. Pela redação final do *caput* do artigo 190 do CPC verifica-se que a celebração do negócio jurídico processual pode acontecer antes ou durante o processo.

Aquela possibilidade afasta essa noção inicial de necessidade de homologação judicial. A celebração de um negócio jurídico processual antes do processo vincula as partes e imediatamente pode constituir, modificar ou extinguir direitos processuais. Essa é a redação do artigo 200 do CPC<sup>45</sup>, que se entende aplicável também antes da formação do processo, por força do artigo 5º do CPC<sup>46</sup> que prevê a boa-fé no âmbito do processo.

Além disso, o enunciado 115 do FPPC<sup>47</sup> também estabelece que os negócios jurídicos processuais obrigam herdeiros e sucessores das partes, assim conclui-se desnecessária a homologação judicial para produção de efeitos e vinculação das partes sobre o objeto do negócio jurídico processual. De forma a corroborar esse raciocínio, o enunciado 133 do FPPC<sup>48</sup> expressamente afirma que, salvo os atos previstos em lei, é desnecessária a homologação judicial para a validade e produção de efeitos dos negócios jurídicos processuais.

<sup>43</sup>FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. op. cit. nota 17. Enunciado 252: (art. 190) O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento.

<sup>44</sup>Ibidem. Enunciado 411: (art. 190) O negócio processual pode ser distratado. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>45</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>46</sup>Ibidem.

<sup>47</sup>FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. op. cit. nota 17. Enunciado 115: (arts. 190, 109 e 110) O negócio jurídico celebrado nos termos do art. 190 obriga herdeiros e sucessores. (Grupo: Negócios Processuais).

<sup>48</sup>Ibidem. Enunciado 133: (art. 190; art. 200, parágrafo único) Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial. (Grupo: Negócios Processuais).

Assim, feitas tais ponderações conclui-se que o papel do magistrado no controle da validade das normas processuais no âmbito da execução restringe-se aos aspectos de normas cogentes dos negócios jurídicos processuais e estes não estão sujeitos a homologação judicial para produção de efeitos e vinculação das partes.

## CONCLUSÃO

Este artigo tratou da atribuição de eficácia de título executivo extrajudicial por meio de um negócio jurídico processual, através de uma conjugação do art. 784, XII, do CPC com o art. 190 também do mesmo diploma. Foi abordado a possibilidade dessa atribuição, além dos requisitos de validade para o negócio jurídico processual, e, por fim, foi feita uma análise sobre o papel do magistrado no controle da validade desse negócio jurídico.

A autonomia privada está presente no âmbito da execução, pois é marcada pela sua disponibilidade, *pacto non exequendo*, modificação de meios executivos ou utilização de meios atípicos. Em paralelo a cláusula geral estipulada no artigo 190 do CPC ampliou o rol de possibilidades de celebração de negócios jurídicos processuais. Isso dentro do âmbito da execução correspondeu a um avanço, como visto, na medida que possibilitou a celebração de acordos processuais atípicos atribuindo eficácia de título executivo extrajudicial a contratos sem o preenchimento do requisito formal de duas testemunhas.

Inferiu-se que os requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos são semelhantes aos do negócio jurídico em geral. Além deles, concluiu-se não é possível a inserção de negócio jurídico processual por meio de cláusula abusiva em contratos de adesão e que se veda a celebração desses negócios em casos de vulnerabilidade. Este último fato pode ser caracterizado pela ausência de advogado na celebração desse negócio processual. Não obstante, deve-se preservar a validade dos negócios processuais, somente podendo ser afastada sua aplicação em caso de efetivo prejuízo e com declaração parcial de invalidade.

Por fim, enfrentou-se o papel do magistrado no controle da validade dos negócios jurídicos processuais. Concluiu-se pela possibilidade de controle do magistrado, mas limitado a normas de ordem pública, tais como na hipótese em que as partes convençionem a inaplicabilidade de multas decorrentes de litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da justiça. Em outro aspecto, o magistrado não poderia atuar de ofício para obrigar as partes a cumprir determinado negócio jurídico processual, pois aqui há presença da autonomia das partes e disponibilidade do direito. Portanto, se uma parte optou por não cumprir o negócio jurídico e a outra não se opôs ao inadimplemento, o magistrado não poderia atuar. Constatou-



se, através da argumentação crítica, que o negócio jurídico não dependeria de homologação judicial para que surtisse efeitos. Isso se deu através do cotejo com o artigo 200 do CPC.

Feitas as considerações e explicações, conclui-se pela possibilidade de atribuição eficácia executiva aos contratos por meio de negócio processual atípico, vedada a celebração de negócio jurídico processual sem a presença de advogado ou inserido em contratos de adesão de forma abusiva e limitada a atuação do magistrado sobre normas de ordem pública.

Dessa forma, o autor espera que o presente artigo possa contribuir para o debate acadêmico e aplicação prática do instituto, sobretudo para dotá-lo de efetividade no âmbito jurídico.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. 2014. 240 f. Tese de Doutorado em Direito Processual - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro 2014.

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

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/at/2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/at/2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 18 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

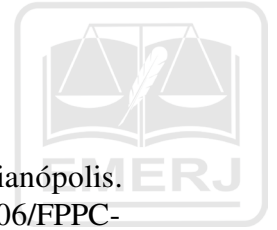
CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CORTES, Estefânia. *A possibilidade da criação de título executivo através das convenções processuais*. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/440189864/a-possibilidade-da-criacao-de-titulo-executivo-atraves-das-convencoes-processuais>>. Acesso em: 21 out. 2019.

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, ano 1, p. 59-84, abr.-jun. 2016.

\_\_\_\_\_.; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, v. 275/2018, p. 193 – 228, jan. 2018.



FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIL. 2017, Florianópolis. *Enunciados*. Disponível em: <<https://institudoccom.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*. Atual. Rev. Maria Celina Bodin de Moraes. v. I. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019.





## O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Luciana de Araujo Puerta

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida – UVA. Advogada.

**Resumo** – o Direitos das Famílias é um dos ramos do Direito que mais exige do seu operador atualizações constantes para que as relações interpessoais sejam atendidas e legitimadas. Com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu a possibilidade do reconhecimento do afeto como um valor jurídico a ser observado nas relações envolvendo as entidades familiares atuais. Nesse aspecto, doutrina e jurisprudência passaram a reconhecer o instituto da multiparentalidade. Desta forma, o presente estudo se dedica a analisar os a existência de hierarquia entra a paternidade socioafetiva e a paternidade biológica e os efeitos jurídicos da multiparentalidade nos diferentes campos do Direito, especialmente no Direito das Sucessões e no Direito de Família.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Direito de Família. Multiparentalidade. Filiação. Paternidade Socioafetiva. Dignidade da Pessoa Humana.

**Sumário** – Introdução. 1. Há hierarquia entre a paternidade socioafetiva e a paternidade biológica? 2. Efeitos sucessórios da multiparentalidade no Direito brasileiro. 3. Efeitos nas ações de guarda em que a multiparentalidade é reconhecida. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho científico consiste em abordar os efeitos do reconhecimento da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Uma vez que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a haver o reconhecimento do afeto como um valor jurídico nas relações envolvendo entidades familiares contemporâneas, rompendo paradigmas anteriormente existentes com relação as questões envolvendo critério de determinação da filiação.

Para tanto, abordam-se as posições jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a analisar os principais argumentos das decisões dos Tribunais Superiores que julgaram ações de reconhecimento de paternidade socioafetiva e biológica, reconhecendo e aplicando a multiparentalidade, a fim de dar máxima eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O tema merece delicada atenção, uma vez que aborda a evolução do conceito de família na Constituição Federal e a intervenção do Poder Judiciário nas relações familiares decorrente desta evolução.

Inicia-se, portanto, o primeiro capítulo, analisando as evoluções no conceito de família com a cumulação da paternidade socioafetiva concomitantemente com a paternidade biológica nas relações familiares, reconhecendo, portanto, a multiparentalidade.

Diante disso, será apresentado a impossibilidade de reconhecimento da existência de hierarquia entre as paternidades biológicas e socioafetivas observada a peculiaridade e necessidade de cada membro familiar, além de analisar a existência de solidariedade entre elas, uma vez que não há previsão legal que sustente tal previsão.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, sobre os efeitos do reconhecimento da multiparentalidade no ordenamento jurídico, havendo uma análise específica de como deverão ser os efeitos sucessórios nas relações multiparentais reconhecidas.

Para tanto, é feita uma análise das recentes decisões dos Tribunais Superiores acerca do tema, de modo que não haja insegurança jurídica, uma vez que não há previsão legal sobre a multiparentalidade. Havendo apenas decisões jurisprudenciais e doutrinárias acerca do instituto analisado no presente artigo.

O terceiro capítulo pesquisa os fundamentos e os critérios utilizados nas decisões nas ações de guarda das relações multiparentais à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, ante a inexistência de previsão legal sobre a multiparentalidade.

Desse modo, o objetivo do presente artigo é a análise da existência de hierarquia entre as relações biológicas e socioafetivas, além de ser observada a possibilidade dos efeitos sucessórios decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade, com fundamento nas decisões dos Tribunais Superiores acerca do tema, sob análise do ativismo judicial, e, por último, os efeitos nas ações de guarda da criança e do adolescente em que for reconhecida aplicação do instituto da multiparentalidade.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que são utilizados um conjunto de proposições hipotéticas para análise do objeto de pesquisa, que são comprovadas ou rejeitadas, de forma argumentativa.

Desta forma, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer de julgados recentes e bibliografia pertinente à temática em foco, devido a constante evolução no entendimento quanto ao tema abordado no presente projeto de pesquisa. Portanto, a metodologia da pesquisa para desenvolvimento deste artigo é bibliográfica, sendo utilizada a legislação, doutrina e jurisprudência.



## 1. HÁ HIERARQUIA ENTRE A PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E A PARENTALIDADE BIOLÓGICA?

Após a vigência da Constituição Federal de 1988<sup>1</sup>, a família deixou de ser apenas aquela constituída pelo matrimônio. Sendo equiparados os direitos dos filhos, havidos ou não do casamento, incluindo, nesta seara, os filhos adotivos. Tornou-se proibida qualquer ação discriminatória no que se refere a filiação, observado o disposto no artigo 227, §6º, da Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>.

Antes da Constituição Federal de 1988, os interesses tutelados sobre a família eram essencialmente patrimoniais. Atualmente, o patrimônio deixa de ter a importância anteriormente dada e, desde então, a dignidade da pessoa humana passou a ter maior relevância nas relações familiares.

Diante da elevação do princípio da dignidade da pessoa humana, com fundamento na Constituição Federal de 1988, os diversos critérios de filiação existentes passaram a ter tratamento equiparado, uma vez que o artigo 227, §6º, da Constituição Federal de 1988 proibiu o tratamento diferenciado entre os filhos biológicos, afetivos ou frutos de presunção jurídica.

Outras modalidades de constituição de entidade familiar foram reconhecidas, tais como: família monoparental, união estável, paternidade socioafetiva, uniões homoafetivas e famílias multiparentais. Dentre elas, será destacada no presente trabalho a multiparentalidade.

A evolução das entidades familiares, provocada pelas mudanças na sociedade, gerou uma ruptura aos paradigmas existentes antes da Constituição Federal de 1988. E, nesse contexto, foi instalada uma nova ordem jurídica para as entidades familiares, atribuindo valor jurídico ao afeto.

Para que seja reconhecida a paternidade socioafetiva, basta que haja forte influência do afeto entre as partes, não sendo necessário a comprovação de relação consanguínea entre as partes. A influência do afeto poderá ser comprovada quando houver um forte vínculo de amor e cuidado entre as partes, como se parentes consanguíneos fossem. Deve ser observado o tempo de convívio entre as partes, uma vez que, através do tempo de convívio que uma relação socioafetiva restará evidenciada pelo carinho e pelo afeto.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 out. 2019.

<sup>2</sup> Ibid.



Esta nova modalidade é considerada irretroatável, irrevogável e indisponível, quando reconhecida de maneira voluntária. Neste sentido, prevê o Enunciado nº 339<sup>3</sup> do CJF/STJ: “a paternidade socioafetiva, calcada de vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”.

O Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup> adotou um posicionamento objetivo e, por maioria dos votos decidiu pela possibilidade de aplicação do instituto da multiparentalidade no ordenamento jurídico, em que pese a inexistência de previsão legal sobre o tema, sendo decidido que a paternidade socioafetiva não exige o reconhecimento da paternidade biológica.

A tese aprovada tem o seguinte teor: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.<sup>5</sup>

Com isso, o fenômeno da multiparentalidade, que já era uma realidade no plano fático social, deixou de ser um assunto ignorado pelo Direito, havendo uma evolução entre o Direito e a realidade social, para que o disposto no artigo 227, §6º, da Constituição Federal se concretize, sem que haja distinção de direitos entre os filhos, pois todos os vínculos filiais são protegidos e válidos como meios de constituição da família, base da sociedade, sendo vedado qualquer forma de diferenciação as diversas formas de filiação.

A multiparentalidade consiste em uma pluralidade de relações parentais. Ou seja, trata-se da possibilidade de uma pessoa ter mais de um vínculo filial, seja materno ou paterno, de forma simultânea e produzindo todos os efeitos jurídicos referentes ao seu reconhecimento.

Uma possível discussão sobre a preponderância entre a paternidade socioafetiva e biológica deve ser superada, uma vez que não há prevalência de uma das filiações em detrimento da outra, devendo ser cumuladas ambas as paternidades para que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, dignidade da pessoa humana e afetividade sejam observados e respeitados.

Importante destacar que o artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>6</sup> e o artigo 1.596, do Código Civil<sup>7</sup>, possuem redação idêntica à do dispositivo constitucional,

<sup>3</sup> BRASIL. Conselho de Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. *Enunciado 339*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/369>>. Acesso em: 02 out. 2020.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Recurso Extraordinário nº 898.060*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2019.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm#art20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art20)>. Acesso em: 02 out. 2019.

<sup>7</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 03 out. 2019.



desautorizando qualquer restrição de direitos e deveres em razão do parentesco, seja ele natural ou civil.

O vínculo socioafetivo e biológico devem ter igual grau de hierarquia jurídica, uma vez que, o reconhecimento de ambas as paternidades, socioafetiva e biológica, no cenário brasileiro, tem condições de igualdade jurídica, ou seja, ambas as modalidades de vínculo parental foram reconhecidas com o mesmo status, sem qualquer distinção hierárquica.

A partir deste entendimento, não é possível afirmar que uma modalidade prevalece sobre a outra, de modo que apenas o caso concreto apontará a melhor solução para a situação fática em análise.

Neste sentido, dispõe o artigo 1.596, do Código Civil<sup>8</sup> que o parentesco poderá ser oriundo tanto de origem biológica quanto de origem civil. Portanto, sendo reconhecida a igualdade de tratamento entre elas, não existe uma parentalidade que necessariamente irá prevalecer, uma vez que as duas modalidades de vínculo parental analisadas têm o mesmo grau de hierarquia.

Não há um único modelo de estrutura familiar, na qual o Poder Judiciário possa se pautar para assegurar a filiação nos casos sujeitos a sua análise, devendo o magistrado verificar com parcimônia qual medida atende os anseios das partes envolvidas, atuando para pacificar os litígios e não criar novos conflitos, uma vez que admitir o reconhecimento formal das filiações socioafetivas e biológica representa, em última medida, consubstanciar a igualdade e a não discriminação.

Desta forma, assegura Anderson Schreiber<sup>9</sup> que a isonomia constitucional entre filhos de qualquer origem, uma vez reconhecido o vínculo parental, impõe que todos os efeitos jurídicos que emanam da relação parental sejam produzidos em sua plenitude, portanto, não há qualquer distinção ou ressalva, uma vez que não existe no Direito Brasileiro uma categoria intermediária entre a parentalidade e a não parentalidade, assim como no Direito Português e no Direito Italiano.

## 2. EFEITOS SUCESSÓRIOS DA MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.

Como anteriormente abordado, em regra, havia apenas a incidência da parentalidade socioafetiva ou da parentalidade biológica, sendo a multiparentalidade, aplicada em casos

---

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. *Efeitos Jurídicos da Multiparentalidade*. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5824>> Acesso em: 04 out. 2019.



específicos e esparsos no ordenamento jurídico. Uma vez que não são todas as pessoas que têm o desejo de possuir mais de um pai ou mãe, simultaneamente, no registro de nascimento.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 898.060<sup>10</sup> a respeito da aplicação do instituto da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro, parte da divergência existente nos Tribunais Superiores foi resolvida, passando a surgir dúvidas quanto a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Sabe-se que a referida decisão estabeleceu que a consequência da dupla parentalidade é o reconhecimento de todos os efeitos jurídicos inerentes ao vínculo. Neste sentido, importante destacar parte da ementa:

[...] 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade e, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, §7º). [...] <sup>11</sup>

Um dos questionamentos é quanto aos efeitos sucessórios a partir do reconhecimento da multiparentalidade, tendo em vista o histórico interesse patrimonial que sempre circundou as relações familiares.

O artigo 227, §6º, da Constituição Federal<sup>12</sup>, como já comentado, estabelece que não se admite qualquer distinção ou discriminação em relação aos filhos oriundos das mais diversas origens quanto aos direitos relativos à filiação.

Portanto, não importa o que gerou a relação paterno-filial, podendo ser vínculos socioafetivos ou biológicos, serão sempre assegurados os mesmos direitos sucessórios, nos moldes do artigo 1.829, inciso I do Código Civil<sup>13</sup>. Ou seja, o filho afeito deverá ser considerado herdeiro em concorrência com os demais filhos do falecido, embora tenha outros pais.

A mesma interpretação deve ocorrer no caso de óbito do filho (a), momento em que, todos os pais, socioafetivos e biológicos, observada a pluralidade de linha de ascendentes, irão assumir a condição de herdeiros necessários concorrendo, com eventual cônjuge sobrevivente, em relação aos bens deixados, como dispõem os artigos 1.829, inciso II e 1.837 do Código Civil<sup>14</sup>, devendo a herança ser repartida em partes iguais, observado o princípio da igualdade entre as partes.

---

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

<sup>11</sup> Ibid.

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

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>14</sup> Ibid.



Desta forma, é possível concluir que a multiparentalidade também será aplicada no direito sucessório, devendo ser observada a ordem de vocação hereditária, observadas as linhas sucessórias referentes aos números de genitores.

Quanto ao tema, deve-se ressaltar que a igualdade dos efeitos sucessórios na multiparentalidade já foi objeto de debate nos Tribunais, havendo questionamento quanto a possibilidade de ofensa ao princípio da igualdade entre os filhos.

Importante destacar que no ano de 2012, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no processo n. TJ/SP, Apelação nº 0006422-26.2011.8.26.0286<sup>15</sup> reformou uma decisão que estabelecia um entendimento que ia de encontro à plena igualdade entre os filhos assegurada pela Constituição:

[...] se uma pessoa pudesse, simultaneamente, ter mais de um pai ou mais de uma mãe reconhecidos como tais em seu assento de nascimento, ela receberia tratamento estatal diferenciado em relação a todos os demais cidadãos. Por conta disso, teria, por exemplo, direitos sucessórios por mais de um tronco hereditário, o que importaria, em última análise, injustificado tratamento desigual em seu favor [...]

Outra possibilidade que merece destaque é a relacionada ao reconhecimento da paternidade socioafetiva *post mortem* e o reconhecimento da paternidade biológica *post mortem*, quando autor já possui um pai socioafetivo, mas, quer reconhecer o laço parental com o seu genitor biológico, já falecido.

Essa segunda hipótese, traz questões conflitantes, uma vez que pode haver pedido de reconhecimento de paternidade biológica apenas com interesse patrimonial sobre o de cujus, observado apenas o interesse patrimonial na relação familiar.

Neste sentido, destaca Anderson Schreiber<sup>16</sup>:

[...] ações de investigação de paternidade movidas por interesse exclusivamente patrimonial, como a participação na herança, sempre existiram e continuarão a existir, haja ou não multiparentalidade. O motivo íntimo do autor, contudo, não pode servir de obstáculo à procedência do reconhecimento de uma paternidade que, de fato, existe e produz, por força de expresso comando constitucional, integral efeito. O que continua disponível ao intérprete – como também sempre esteve – são os remédios gerais de coibição do abuso do direito e do comportamento contrário à boa-fé objetiva. Hipótese emblemática se tem na situação do filho que, conhecedor por longos anos do vínculo com o pai biológico, deixa de procurá-lo e assisti-lo na velhice, sabedor de suas necessidades pessoais em virtude de doença degenerativa, mas, uma vez ocorrido o falecimento, pretende ver reconhecida aquela paternidade e se habilitar ao recebimento do seu quinhão hereditário. [...]

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 0006422-26.2011.8.26.0286*. Relator: Alcides Leopoldo e Silva Junior. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp/inteiro-teor-110551735>>. Acesso em: 08. out. 2019.

<sup>16</sup> SCHREIBER, op. cit.



Não só no pedido de reconhecimento de paternidade biológica *post mortem*, mas em todos os casos apresentados, deve haver ponderação no caso concreto para que tal aplicação não ocorra apenas com o ensejo se obter vantagens patrimoniais e não afetivas, o que vai de encontro ao instituto da multiparentalidade e o seu reconhecimento, pautado no princípio da socioafetividade e direito à família.

Uma hipótese que também merece destaque, é a de falecimento de pessoa que deixa apenas avós de três linhas parentais distintas. Neste caso, a herança deve ser repartida por linhas, e a divisão deverá observar o disposto no artigo 1.836, §2º, do Código Civil<sup>17</sup> que estabelece:

[...] Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.  
§2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna. [...]

Percebe-se, que o tema do presente capítulo poderá apresentar inúmeras hipóteses não amparadas no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que este não prevê expressamente tais hipóteses, havendo muitos questionamentos a respeito do referido instituto.

Desta forma, deverá haver uma aplicação observadas as particularidades do caso concreto, as necessidades especiais de cada indivíduo, observando os recentes argumentos doutrinários e jurisprudenciais, para que os princípios constitucionais sejam respeitados em cada decisão acerca do tema.

### 3. EFEITOS NAS AÇÕES DE GUARDA EM QUE A MULTIPARENTALIDADE É RECONHECIDA.

O reconhecimento da multiparentalidade no atual ordenamento jurídico gerou algumas consequências relevantes, sendo elas, o reconhecimento da afetividade como um valor jurídico e princípio inerente à ordem civil-constitucional brasileira.

Pelo julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060<sup>18</sup>, é possível concluir que o reconhecimento do vínculo concomitante é para todos os fins de direito, inclusive nas ações em que se discute a guarda da criança e do adolescente, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos envolvidos, observado o princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

---

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.





Desta forma, um dos efeitos que o presente capítulo irá abordar é referente a guarda das crianças e adolescentes que possuem múltiplos laços parentais. Quando se fala em guarda, necessariamente houve a separação dos pais da criança ou do adolescente. E, no presente caso, conclui-se que são vários pais que têm o interesse em definir o regime de convivência do infante.

As regras presentes no Código Civil<sup>19</sup> referentes à proteção da pessoa dos filhos passaram por diversas modificações, sendo, a última e mais relevante delas, no ano de 2014, por meio da Lei nº 13.058<sup>20</sup>, que dispõe sobre a guarda compartilhada.

Antes da vigência da referida lei, prevalecia o entendimento de que no caso de dissolução da sociedade conjugal, prevaleceria o que as partes acordassem sobre a guarda dos filhos, nas hipóteses de separação ou divórcio consensual e, não havendo acordo, a guarda seria atribuída a quem tivesse melhores condições para exercê-la, como previa o artigo 1.584, caput, do Código Civil de 2002<sup>21</sup>: “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.”

No ano de 2006, foi publicado o Enunciado nº 336<sup>22</sup> do CJF/STJ que prevê “O parágrafo único do artigo 1.584, aplica-se também aos filhos advindos de qualquer forma de família”. Desta forma, tal entendimento doutrinário passou a abordar qualquer forma de família, inclusive a socioafetiva.

E, no mesmo sentido, foi publicado o Enunciado nº 334<sup>23</sup> do CJF/STJ dispõe que “A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança e o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse”.

Com as alterações do Código Civil em 2014<sup>24</sup>, o artigo 1.583, §2º passou a prever que “na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses

---

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>20</sup> BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre a sua aplicação. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 dez. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2020.

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>22</sup> BRASIL. Conselho de Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. *Enunciado 336*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/360>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

<sup>23</sup> BRASIL. Conselho de Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. *Enunciado 334*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/357>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

dos filhos”, o que gerou dúvidas acerca da confusão entre guarda compartilhada e guarda alternada.

Para sanar a confusão entre guarda compartilhada e guarda alternada, foi publicado o Enunciado 604<sup>25</sup> CJF/STJ, estabelecendo que:

A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo §2º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho.

Tais regras, devem prevalecer quando se tratar de parentalidade socioafetiva em que for reconhecida a multiparentalidade também. Desta forma, em regra, se a uma criança ou adolescente vier a ter dois pais e uma mãe, por exemplo, a guarda será compartilhada ou permanecerá com um deles, e os outros terão o direito de convivência, como estabelece a regra do artigo 1.583 do Código Civil<sup>26</sup>.

É importante destacar que o exemplo dado acima é apenas uma hipótese do que pode ocorrer, devendo sempre ser observado o princípio do melhor interesse e o princípio da dignidade da pessoa humana, como determina a doutrina da proteção integral.

Por serem vários pais, a dificuldade é maior para definir a companhia de quem vão morar os filhos, o regime de convivência entre eles. Apesar da maior dificuldade, o critério a ser adotado deve ser o do melhor interesse da criança e do adolescente, desta forma, é possível que a guarda ainda que unilateral ou compartilhada, possa ser exercida pelo pai ou mãe socioafetivos, desde que represente melhor solução para a criança ou adolescente.

Como a multiparentalidade é um assunto relativamente novo no âmbito jurídico, não há leis para a regência desses cada vez mais ocorrentes fatos sociais. Portanto, deve ser aplicada a analogia, como bem determina o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”<sup>27</sup>.

Nessas hipóteses, a afetividade é o melhor critério de escolha em decisões sobre guarda, pois quem deverá permanecer com o infante será quem melhor se resguardar pelo interesse

<sup>25</sup> BRASIL. Conselho de Justiça Federal. VII Jornada de Direito Civil. *Enunciado 604*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/836>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>27</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Rio de Janeiro, RJ, 04 set. 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2020.



deste, portanto, o afeto nesta situação torna-se o principal critério para motivar as decisões sobre o tema.

Por fim, importante destacar que o pai que não possui a guarda do infante terá o direito de visita-lo, de acordo com o que restar definidor com aquele que possui a guarda, de forma que seja sempre priorizada a convivência familiar, como dispõe o artigo 1.589 do Código Civil<sup>28</sup>.

O direito de visitação é uma decorrência do poder familiar, portanto, poderá ser extensivo aos pais socioafetivos, assim como os avós socioafetivos dentro da relação multiparental, uma vez que não há hierarquia entre a paternidade socioafetiva e a paternidade biológica, conforme já abordado no presente artigo.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, o reconhecimento da multiparentalidade e os seus efeitos no ordenamento jurídico atual. A entidade familiar, acompanhando as novas diretrizes trazidas pela Constituição Federal e a evolução social veio sofrendo algumas modificações ao longo do tempo.

O reconhecimento do instituto da multiparentalidade pelo Supremo Tribunal Federal consagra o princípio da igualdade entre os diversos tipos de filiação, preconizada pelo artigo 227, §6º da Constituição Federal.

Conforme analisado, não é possível atribuir a filiação apenas aos pais biológicos ou socioafetivos alternativamente, uma vez que ocorreria uma preterição de uma das formas de filiação em detrimento da outra, o que não é admitido no atual ordenamento jurídico.

As relações familiares vêm sendo observadas cada vez mais pelo vínculo afetivo existente entre os seus componentes, ocasionando a mitigação do caráter absoluto do vínculo biológico.

Atualmente ocorre uma flexibilização da entidade familiar, por reconhecimento do afeto como valor jurídico, atuando como fato preponderante para o reconhecimento de diferentes núcleos familiares.

Desta forma, o reconhecimento da multiparentalidade busca legitimar as novas formas de relacionamentos surgidas no meio social e, com isso, surgem dúvidas quanto aos seus efeitos e a sua aplicabilidade no Direito brasileiro.

---

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.



Sabe-se que o Direito de Família é a área do direito que protege e regulamenta a entidade familiar, tendo como base a sociedade. Por isso, ainda que o direito positivado não consiga preencher todas as lacunas em razão das diversas modalidades de família existentes atualmente, os princípios e garantias constitucionais devem sempre ser observados para que a resolução do caso seja resolvida de forma justa.

Assim sendo, a conclusão que se chega é que não deve haver qualquer forma de diferenciação entre as diversas espécies de famílias no tocante a consagração dos direitos e efeitos decorrentes das relações familiares.

Fixada a tese da inexistência de hierarquia entre a paternidade socioafetiva e biológica, a decisão do Supremo Tribunal Federal trouxe diversas consequências que não se limitam apenas ao Direito de Família.

Todos os sujeitos envolvidos no reconhecimento da multiparentalidade deverão ter os mesmos efeitos referentes aos direitos sucessórios, direito de visitação, de guarda, atribuição conjunta do poder familiar a todos os pais, dentre outros.

Importante destacar que a análise dos efeitos jurídicos da multiparentalidade, em qualquer das circunstâncias, deve observar os princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do melhor interesse da criança e do adolescente, especialmente relacionado ao pleno e seguro desenvolvimento psíquico, emocional e físico do infante, além da voluntariedade e do bom relacionamento entre os envolvidos.

Portanto, deve sempre ser adotada postura sensível às peculiaridades do caso concreto, concretizada por meio do diálogo e do esclarecimento sobre os efeitos advindos do reconhecimento dessa nova instituição familiar, uma vez que a análise dos efeitos jurídicos da multiparentalidade demonstrou que não há dificuldades práticas nas famílias multiparentais que não possam ser solucionadas pelo operador do Direito, à luz dos valores constitucionais, baseada na atual doutrina e jurisprudência.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 03 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 out. 2019.



\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n° 4.657*, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Rio de Janeiro, RJ, 04 set. 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm#art20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art20)>. Acesso em: 02 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 13.058*, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre a sua aplicação. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 dez. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho de Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. *Enunciado 334*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/357>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho de Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. *Enunciado 336*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/360>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho de Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. *Enunciado 339*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/369>>. Acesso em: 02 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho de Justiça Federal. VII Jornada de Direito Civil. *Enunciado 604*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/836>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 1605477/RS*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201600611909&dt\\_publicacao=27/06/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600611909&dt_publicacao=27/06/2016)>. Acesso em: 12 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Federal. *Recurso Extraordinário n°898.060*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação n° 0006422-26.2011.8.26.0286*. Relator: Alcides Leopoldo e Silva Junior. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp/inteiro-teor-110551735>>. Acesso em: 08. out. 2019.

CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Aplicação obrigatória da guarda compartilhada*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/01259a0cb2431834302abe2df60a1327>>. Acesso em: 12 mar. 2020.



LOBO, Paulo. *Parentalidade Socioafetividade e Multiparentalidade*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/05/09/parentalidade-socioafetividade-e-multiparentalidade/>>. Acesso em 03 fev. 2020.

SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. *Efeitos Jurídicos da Multiparentalidade*. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5824>> Acesso em: 04 out. 2019.

TARTUCE, Flávio. *O princípio da afetividade no direito de família*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>> Acesso em 14 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.



## O EFEITO CONFISCATÓRIO DA TRIBUTAÇÃO SOBRE O “SALÁRIO” DO TRABALHADOR BRASILEIRO

Luciana Janaina Fagundes

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Graduada pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Ciências Contábeis. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Faculdade Candido Mendes. Pós-Graduada em Gestão Estratégica em Controladoria pela Faculdade de Ciências Econômicas, Administrativas e Contábeis de Divinópolis.

**Resumo** – este artigo tem por objetivo identificar o impacto da tributação na vida dos cidadãos, bem como traçar o entrelaçar político-social. Conta com informações construídas a partir de pesquisa bibliográfica, de um amplo referencial teórico, além de consulta aos dados estatísticos de órgãos oficiais. A pesquisa busca demonstrar a complexidade do atual sistema tributário, composto por um elevado número de tributos com maior arrecadação sobre o consumo, a folha salarial e na produção das empresas, evidenciando-se o viés de regressividade. Após o devido esclarecimento dessas questões, e com o cabedal teórico necessário para precisamente delimitar o Reino do Tributo, serão abordadas as seguintes questões-chave para o tema: I) A questão tributária e o seu papel no Estado Democrático de Direito; II). A Tributação Brasileira e o Novo Ambiente Econômico; III. Tributação e Justiça Social sob a ótica da “Teoria da Tributação Ótima”. Por fim, será revelado, de maneira sintética, que a sustentação do Estado está intrinsecamente vinculada à existência de recursos oriundos do tributo. Não há como falar em nação com exercício de poder político-econômico, sem que haja um alicerce financeiro para a manutenção desse poder, bem como apresentaremos a função do tributo como política social.

**Palavras – Chave** – Direito tributário. Capacidade Tributária. Reforma Tributária. Justiça Social.

**Sumário** – Introdução; 1. A questão tributária e o seu papel no estado democrático de direito; 2. A tributação brasileira e o novo ambiente econômico; 3. Tributação e justiça social sob a ótica da teoria da tributação ótima. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o alcance social que o tributo tem e passa a ter sobre a contraprestação pecuniária do trabalhador “salário”, seu objetivo econômico e sua razão de ser ou aparecer como peça nodal no jogo de um cotidiano social e no próprio equilíbrio e manutenção do poder político institucional. O objetivo do presente estudo é identificar os contornos gerais de um sistema constitucional tributário absolutamente sinérgico com a estrutura política e econômica do Estado delimitada e que, portanto, tenha condições de cumprir justiça social e distribuição de renda, destacando a qualidade do sistema tributário vigente e as consequências de um sistema tributário complexo e oneroso.

Ressalta-se que a tributação sempre encontrou lugar de destaque nos fatos e acontecimentos históricos, não apenas brasileiros, mas também no mundo, tanto é que as principais revoluções, cartas e declarações de direito da humanidade tratam do tema, como é o caso, por exemplo, da Magna Carta de João Sem Terra, assinada em 1215, o *Bill of Rights* de 1689 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão advinda da Revolução Francesa de 1789.

Atualmente, a sustentação do Estado está intrinsecamente vinculada à existência de recursos oriundos do tributo. Não há que se falar em nação com exercício de poder político-econômico sem que haja um alicerce financeiro para a manutenção desse poder.

Apenas para demonstrar quão antigo é o tema, será referenciado o trabalhador em tempos medievais, o servo da gleba, trabalhava as terras de seu senhor, duas, três ou mesmo quatro dias por semana, gratuitamente. Estas formas de coação, passaram a se tornar um marco civilizatório. Uma série de outras obrigações e deveres fiscais e tributários acorrentavam o servo da gleba. Todo o cotidiano de pesadas humilhações, advindas da própria condição de servidão do trabalhador medieval, alargava esse intransponível fosso social. O tributo, o fisco, não caminhavam sozinhos e separados. A ideologia sempre foi a grande argamassa que os unia.

Dito isso, inaugura-se o estudo abordando, no 1º capítulo, a questão tributária e o seu papel no estado democrático de direito. Percebe-se que a grande maioria, a imensa maioria da população, que de todas as formas é tributada, sofre no bolso. A evolução do Estado liberal, passando pelo Estado social até chegar ao Estado Democrático de Direito, pressupõe a concretização e atingimento de determinadas finalidades, dentre as quais a do bem-estar social. O Estado do bem-estar social é aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político.

Dentro desta perspectiva de bem-estar social, deve a política tributária se pautar em parâmetros de razoabilidade jurídica e econômica para delinear bases de cálculo e alíquotas que não subtraem do cidadão seu acesso à plena cidadania. Sua contribuição não pode exigir sacrifício draconiano e insensato, a ponto de obstaculizar acesso a serviços e bens indispensáveis, considerando ainda, como agravante, que o Estado precariamente oferta tais condições à população.

Com isso será, no 2º capítulo, abordado a tributação brasileira e o novo ambiente econômico. Neste contexto, a política fiscal deve se preocupar menos com o salário, ficticiamente tratado como renda, para incidir em ganhos de capital apartados da contraprestação pela força de trabalho. Outrossim, a ação estatal não pode tangenciar a parcelas





dedutíveis em imposto de renda que grava salários, sob pena de acirramento de política tributária já marcada pelo signo deletério da regressividade.

Ato seguinte, lastreados em todo o encadeamento lógico anterior, será avaliado, no 3º capítulo, a tributação e justiça social sob a ótica da teoria da tributação ótima, bem como os contornos gerais de um sistema constitucional tributário adequado para o Estado no contexto da hodierna competição comercial em escala global.

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

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica contará com informações construídas a partir de pesquisa bibliográfica, de um amplo referencial teórico, além de consulta aos dados estatísticos de órgãos oficiais. A pesquisa buscará demonstrar a complexidade do atual sistema tributário, composto por um elevado número de tributos com maior arrecadação sobre o consumo, a folha salarial e na produção das empresas, evidenciando-se o viés de regressividade.

## 1. A QUESTÃO TRIBUTÁRIA E O SEU PAPEL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O arcabouço político e econômico evidencia que o Estado Democrático de Direito dotado de uma ordem econômica capitalista se baseia em um sistema de ponderação dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e do crescimento sustentável harmônico com os direitos e garantias para o povo, é a entidade mais adequada para realizar uma persecução racional do bem comum.

A extrema relevância dessas prévias constatações para o restante do trabalho é ecoada por Neves<sup>1</sup>, ao destacar que:

---

<sup>1</sup> NEVES, Nicole Scassiotta. O princípio da capacidade contributiva e sua concretização. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*. Belo Horizonte: Fórum, ano 12, n. 72, nov/dez 2014. p. 124 e 125

a partir do momento em que há a definição dos valores da sociedade democrática, o direito deverá estabelecer os paradigmas de atuação tanto para os governantes como para os governados a fim de garantir a constância dos objetivos almejados. (...) Com isso, deve-se frisar que a proteção de direitos e interesses constitucionais e de política pública exige a realização de ponderações multidimensionais, irredutíveis a falsos ou simplistas dilemas de estrutura bipolar.

Nesse contexto, a tributação surge como alternativa do Estado para fomentar o desenvolvimento nacional, cujo conceito deve abarcar de forma especial a redução das desigualdades regionais e sociais. Apresenta-se majoritária a noção de que o Estado é uma evolução da sociedade, constituindo uma estrutura desenvolvida para ordenar o convívio humano, com o desenvolvimento das relações sociais, econômicas e jurídicas, o papel do Estado foi sendo alterado no contexto global. Ao Estado cabe o papel de agente regulador das relações econômicas e sociais, devendo promover o desenvolvimento econômico por meio da conciliação das forças privadas de produção com a proteção das necessidades de toda a estrutura social. O Estado, ademais, deve exercer o seu papel a partir do que determina a Constituição.

Aferição de bases de cálculos justas, alíquotas que preservem capacidade contributiva, fatos dedutíveis, bem como alcance de massa contribuinte, pedem e clamam constante observação pelos sujeitos cognocentes, à luz da velocidade com que os fatos se sucedem, deixando sempre em patamar atrasado, conceitos e postulações teóricas.

O tributo é um instrumento que meramente realiza a transferência, do setor privado para o público, de poder sobre o uso de recursos da sociedade. Ainda assim, a carga tributária está associada a ideia de sacrifício. É nesse sentido que se pode considerar uma carga tributária baixa, suportável ou excessiva. Conforme aponta Aliomar Baleeiro<sup>2</sup>, o Estado não pode prescindir do tributo, *in verbis*:

o tributo é vetusta e fiel sombra do poder político há mais de 20 séculos. Onde se ergue um governante, ela se projeta sobre o solo de sua dominação. (...) No curso do tempo, o imposto, atributo do Estado, que dele não pode prescindir sequer nos regimes comunistas de nosso tempo, aperfeiçoa-se do ponto de vista moral, adapta-se às cambiantes formas políticas, reflete-se sobre a economia ou sobre os reflexos desta, filtra-se em princípios ou regras jurídicas e utiliza diferentes técnicas para execução prática.

É cediço que compete à política tributária o planejamento e análise dos tributos a serem instituídos e cobrados, além de determinar seu impacto na política financeira. Não obstante a isso, a política tributária não pode contrariar os objetivos da política econômica e social que norteiam o desenvolvimento nacional.

---

<sup>2</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. [Atualização e revisão Mizabel Derzi]. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 01.



No exercício da atividade econômico-financeira, o Estado desempenha, pelo menos, três funções básicas, quais sejam: função alocativa (complementar à atuação do mercado, no que diz respeito à alocação de recursos na economia), função distributiva (redistribuição da riqueza por meio dos impostos, tributos de caráter geral, transferências, subsídios e gastos com bens públicos) e função estabilizadora (implementação e gerenciamento da política econômica, com vistas a garantir o máximo de emprego), além da função reguladora.

Nesse contexto, é importante qualificar a ideia da eficiência na administração tributária: quem mais arrecada não é necessariamente o que melhor arrecada. O nível da carga tributária não é, contudo, um conceito absoluto: uma mesma carga tributária, medida pela relação percentual entre a arrecadação e o Produto Interno Bruto (PIB), pode ser baixa para uma sociedade e excessiva para outra, dependendo das respectivas capacidades contributivas e provisões públicas de bens.

Percebe-se ao longo da história que além de bastante elevada, a carga tributária no Brasil é crescente. A cada dia se eleva um tributo ou se cria um tributo novo e a arrecadação, assim, tem batido sucessivos recordes. Não obstante, não há dinheiro para obras importantes. As estradas estão sem a necessária manutenção, praticamente destruídas. O sistema penitenciário superlotado. O Sistema educacional do País vem, ao longo do tempo sendo sucateado, pela falta de investimento, mas principalmente de políticas públicas sérias e comprometidas com o desenvolvimento crítico dos alunos.

Desta forma, considerando os problemas apontados reconhece-se que o sistema tributário brasileiro é pesado e distorcido, e onera a economia de diversas formas, sendo mais pesado no bolso do empregado assalariado.

Acredita-se que o legislador comprometido com o seu papel de representante da sociedade deve empenhar-se em uma reforma tributária que possa reduzir a quantidade e a complexidade dos tributos e, de outro, deve acabar com a insuportável sonegação fiscal hodiernamente existente. Para o governo, a alta carga produz maior arrecadação, porém de acordo com alguns estudiosos do campo econômico, a carga tributária elevada faz com que ao invés de aumentar a receita do governo, ela diminua, pois, a partir de certo ponto, a alta tributação começa a engessar a indústria, gerando demissões e inflação, dentre outros efeitos negativos.

Como defendem Giambiagi e Além<sup>3</sup>, a Reforma Tributária, além de considerar as transformações no cenário mundial, deve ter como objetivo o aumento da qualidade da tributação. Parece que reformas tributárias estão sempre na ordem do dia entre nós.

A Constituição de 1988, em certa medida, redesenhou o sistema tributário nacional, portanto, decorridos apenas cinco anos de sua promulgação, já se clamava por uma nova reforma, com várias propostas que alteram profundamente o sistema em vigor, sem contudo obter consenso para assegurar que tais propostas realizem, de fato e de direito, a justiça e a simplificação do Sistema Tributário Nacional, eliminando tantas dicotomias geradoras de caos, exigindo da sociedade empresarial o emprego de elevados custos, que são desviados daquilo que deveria ser o principal objetivo, quais sejam, o de empregar recursos e esforços para gerar desenvolvimento e empregos.

À medida que os vícios da exagerada progressividade dos impostos sobre a renda começaram a se mostrar perversos, foi sendo abalada a crença longamente acalentada de que o ideal da justiça fiscal consistia em tributar pesadamente os grandes lucros e as altas rendas. Em um mundo cada vez mais integrado, a disputa por aplicações produtivas e financeiras força maior moderação na tributação dos rendimentos obtidos internamente e, além disso, impõe limites estreitos à adoção de práticas tributárias isolacionistas.

Ainda que os desdobramentos provocados pelas transformações recentes sejam difíceis de antever, é certo que o padrão tributário do início do próximo milênio deverá apresentar diferenças significativas em relação ao modelo que prevaleceu na maior parte deste século.

Com base no exposto, depreende-se que os distintos fatores aqui analisados constituem um forte motor que impulsiona as transformações tributárias e sinaliza o caminho a ser percorrido. O ritmo dessas transformações é desigual, mas a força centrípeta gerada pela velocidade das mudanças que vêm ocorrendo no mundo tende a atrair todos aqueles que ainda giram em uma órbita mais distante. O resultado desse movimento ainda não pode ser inteiramente vislumbrado, mas as linhas gerais já estão traçadas. Os sistemas tributários estarão cada vez mais pautados por exigências de harmonização, uniformização e estabilidade.

A despeito da reestruturação recente pela qual vem passando o Estado brasileiro, não há evidências de que a carga tributária possa diminuir nos próximos anos. Os encargos da dívida pública, a existência de uma demanda reprimida por gastos, notadamente nas áreas sociais, e a urgência de investimentos, tanto para repor a infraestrutura desgastada pela falta de conservação

---

<sup>3</sup> GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas - Teoria e Prática no Brasil*. Rio de Janeiro, 2000, p. 24.



como para evitar que a precariedade da provisão de serviços públicos essenciais venha a ser um impedimento à retomada sustentada do crescimento, tornam a receita tributária inflexível à queda.

Assim, aperfeiçoar o sistema tributário brasileiro e adequá-lo à nova realidade internacional são as principais metas da reforma. No âmbito do setor público, a curto prazo, a reforma não deve comprometer seu ajuste fiscal e, a médio e longos prazos, deve possibilitar o estabelecimento de um regime fiscal responsável e contribuir para a empregabilidade no país, propiciando o desenvolvimento da justiça social.

## 2. A TRIBUTAÇÃO BRASILEIRA E O NOVO AMBIENTE ECONÔMICO

Globalização, comércio eletrônico, concorrência acirrada: o ambiente econômico está mudando acelerada e profundamente. Exige harmonização internacional das instituições e das práticas tributárias, bem assim que se adotem tributos que provoquem o mínimo de distorções possíveis sobre o setor produtivo, as exportações e os investimentos, sob o risco (certo) de penalizar os países que forem menos eficazes na busca desses objetivos. Também no ambiente do federalismo a harmonização tributária começa pelo mercado interno, e crescem as ideias de que é necessário conciliar a concessão de ampla autonomia tributária e de gasto dos governos estaduais e municipais com uma disciplina austera que imponha a responsabilidade e o controle social. Todos esses fatores tornam a reforma do sistema tributário brasileiro um processo inadiável e premente.

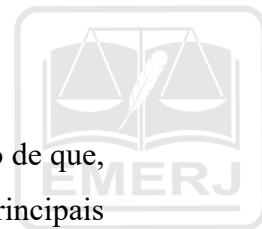
Conforme mencionado por Nogueira:<sup>4</sup>

[...]a tributação, ou seja, o ato de instituir e cobrar tributo, envolve necessariamente o poder de exercê-la, uma estrutura geralmente bem definida e uma “legitimidade” (ora simplesmente “a força”, ora a “aceitação” pelo reconhecimento da necessidade ou mesmo da utilidade (“o bem comum”). Com ou sem “legitimidade”, a tributação em todos os tempos e lugares ou se impôs pela força ou pela lei.

Após a promulgação da Constituição vigente, ocorreram importantes mudanças na estrutura da tributação, por um lado, e no ambiente econômico em que opera o setor produtivo nacional, por outro, que passaram a reclamar uma nova reforma do sistema tributário e indicaram claramente a direção que se deveria tomar. Sem dúvida, a principal motivação do processo de reforma ora em curso é a exigência de que o deficiente sistema tributário brasileiro

---

<sup>4</sup> NOGUEIRA, Alberto. *Teoria dos Princípios Constitucionais Tributários – A Nova Matriz da Cidadania Democrática na Pós-Modernidade Tributária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 37



seja modificado para se adequar a um novo ambiente econômico. E isso deriva do fato de que, nesse novo ambiente, garantir a competitividade do produto nacional *vis-à-vis* os dos principais participantes no comércio internacional representa condição *sine qua non* para o desenvolvimento do país.

O foco das reformas é proporcionar a Justiça Social e a tributação deve estar em consonância com os objetivos constitucionais. Roberto Wagner Lima Nogueira<sup>5</sup> alerta para a questão:

[...] é impossível pensarmos a justiça tributária sem dever ético de pagar o justo tributo. Por isso é preciso a sociedade brasileira avançar nos debates tributários, para enfim, acabar de vez com discursos que negam ao tributo, sua qualidade principal, que é o de ser instrumento financeiro indispensável à realização da justiça tributária, e, por conseguinte, justiça social.

É diagnóstico praticamente consensual que a tributação interna do Brasil impõe desvantagem competitiva ao setor produtivo nacional, tanto no mercado externo como no nosso próprio mercado, prejudica a eficiência econômica, desestimula o investimento e é excessivamente complexa, a ponto de dificultar a harmonização com os sistemas tributários de nossos parceiros comerciais e de facilitar ou mesmo estimular a evasão. Em poucas palavras, é quase consenso que nosso sistema tributário é antagônico ao desenvolvimento.

Mas, a despeito desse diagnóstico, que indica a urgência da reforma, e de seu caráter consensual, que sugere facilidade de executá-la, o que se observa é a lentidão de seu processamento. Isso não ocorre por acaso nem por descaso de quem deveria promovê-la. Existem diversos constrangimentos à mudança na tributação, às vezes conflitantes entre si, que precisam ser discutidos e superados ao longo do processo de reforma.

A qualidade da tributação é avaliada pela consideração de um conjunto de características a ela associáveis que são consideradas desejáveis. Quando alguma delas está ausente ou deficiente, há motivação para realizar uma reforma.

A primeira das motivações usuais para a reforma é o aprimoramento dos tributos no que diz respeito a seus efeitos sobre o sistema produtivo. Salvo nos casos em que os tributos são utilizados como instrumentos de política para, intencionalmente, alterar o comportamento dos agentes econômicos, é desejável que sejam neutros, ou seja, que não afetem suas decisões. Na prática, não há tributos neutros, sendo objetivo típico da política tributária minimizar os malefícios por eles causados à eficiência da economia e à competitividade do setor produtivo.

---

<sup>5</sup> NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Direito tributário, linguagem e método*, 2 ed. São Paulo: Noeses, 2008. p. 240.



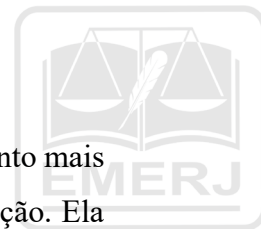
A segunda motivação é a questão da equidade. Deseja-se que a tributação seja justa, e tenha um impacto favorável sobre a distribuição de renda. É duvidoso, contudo, que, em um mundo de intensa mobilidade do capital, a tributação possa ter impacto redistributivo significativo. Se esse for, de fato, o caso, um objetivo mais modesto se impõe, qual seja, o de assegurar, ao menos, que ela não seja regressiva, isto é, que não onere relativamente mais os pobres que os ricos. Isto assegurado, é possível, com os recursos arrecadados, financiar políticas governamentais bem concebidas, focalizadas e executadas, que beneficiem principalmente os mais pobres, assegurando o cumprimento do papel redistributivo do governo, o que é especialmente importante em um contexto de globalização econômica.

A terceira questão que motiva reformas tributárias é a produtividade da tributação. É necessário extrair da sociedade o total de recursos necessários para que o governo seja apropriadamente financiado, sem que seja preciso recorrer a alíquotas excessivamente elevadas, que estimulem a sonegação. A ampliação das bases tributárias, o combate à evasão, e a concepção de tributos mais facilmente arrecadáveis são ações que favorecem a produtividade da tributação.

Simplificar a tributação é outra das motivações usuais de reformas. Cabe aqui salientar que, devido à complexidade natural das relações econômicas, a tributação de boa qualidade é inerentemente complicada. Não obstante, a busca de simplicidade na tributação é essencial, posto que a complexidade está associada a custos para administrar os tributos e para cumprir as obrigações tributárias. Segundo informam entidades representativas de empresários, estimações realizadas revelam que, na atualidade brasileira, o custo incorrido pelo contribuinte para cumprir suas obrigações é alto. Contudo, é preciso evitar a tentação de basear o financiamento do setor público em tributos simples, de baixo custo administrativo e de cumprimento das obrigações, mas que promovem sérias distorções econômicas, cujo custo para a sociedade, embora menos óbvio que os antes mencionados, é incomparavelmente maior.

Finalmente, existe uma motivação para a reforma, pertinente somente às federações e países unitários com regimes fiscais descentralizados, que é a de promover mudança na distribuição dos recursos públicos entre os entes federados, atribuindo mais ou menos recursos ao governo central e, em contrapartida, menos ou mais aos governos dos estados e municípios. Esta é uma questão que está sempre em pauta nas discussões de reforma tributária e uma das de mais difícil solução, em virtude dos inerentes conflitos de interesse presentes.

Uma reforma tributária ampla sempre envolve todas essas questões, mesmo que algumas não estejam explicitadas na agenda das discussões. Mas, em cada reforma, há motivações principais e outras secundárias, bem como aspectos a que se atribui pouca ênfase.



A globalização agrava os problemas de sistemas tributários já deteriorados, tanto mais quanto esse sistema estiver estruturado segundo os paradigmas tradicionais de tributação. Ela também implica uma relativa perda de soberania do Estado nacional, pois os impactos de determinada política (não apenas tributária) sobre as decisões dos agentes econômicos não estão mais circunscritos aos limites territoriais de cada país. Existe, portanto, um duplo desafio a ser enfrentado pelos Estados nacionais: é preciso garantir um nível de receita tributária consoante com as necessidades de financiamento do setor público e, paralelamente, aumentar (ou, pelo menos, não prejudicar) a competitividade de seus agentes privados.

Por certo, a distância geográfica poderia atenuar o efeito das distorções tributárias sobre o mercado de produtos, em face dos custos de transporte e dos demais custos a ele associados. Entretanto, esses fatores perdem cada vez mais relevância em função do crescimento do comércio eletrônico e do avanço do processo de formação de blocos econômicos regionais, indicando ser imperativa a eliminação de gravames cumulativos e a busca pela harmonização internacional.

As mudanças que vêm ocorrendo no mercado de trabalho são outro fator importante para a avaliação das tendências de evolução das estruturas tributárias. Observa-se o surgimento, nos países industrializados, de problemas até então típicos de países em desenvolvimento, como é o caso do desemprego estrutural não mais restrito às atividades agrícolas. A perspectiva de uma crise de desemprego não solucionável pelos instrumentos tradicionais de estímulo à atividade econômica é motivo de grande inquietação.

Em resumo, os distintos fatores aqui analisados constituem um forte motor que impulsiona as transformações tributárias em curso e sinaliza o caminho a ser percorrido. O ritmo dessas transformações é desigual, mas a força centrípeta gerada pela velocidade das mudanças que vêm ocorrendo no mundo tende a atrair todos aqueles que ainda giram em uma órbita mais distante. O resultado desse movimento ainda não pode ser inteiramente vislumbrado, mas as linhas gerais já estão traçadas. Os sistemas tributários estarão cada vez mais pautados por exigências de harmonização, uniformização e estabilidade.

### 3. TRIBUTAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL SOB A ÓTICA DA TEORIA DA TRIBUTAÇÃO ÓTIMA

A Constituição brasileira procurou listar valores supremos do Estado Democrático de Direito, considerando os direitos sociais como fundamentais. A normatização programática do





texto maior possui assim caráter principiológico, orientando a realização dos objetivos estabelecidos pela ordem constitucional.

Desta forma, depreende-se que o escopo da ordem social constitucional é justamente a promoção da justiça social. Aos direitos sociais todos têm direitos, ricos, pobres, trabalhadores, crianças, idosos etc. A injustiça social é efeito da organização e da ação do sistema econômico e político e da ação de quem os domina. A injustiça social, assim, pode caracterizar-se como um produto direto do desajuste político e econômico.

Em uma conceituação atual Joaquim Carlos Salgado<sup>6</sup> assim equaciona a ideia de Justiça Social:

[...] é a ideia norteadora da consciência política dos povos civilizados contemporâneos, nascida sob condições históricas mais complexas. Enquanto a ideia de justiça que informa o Estado de direito, como Estado de direito simplesmente, é a realização da liberdade, a ideia de justiça contemporânea não se restringe ao conteúdo apenas ético da liberdade ou da paz perpétua, mas, ademais de incorporá-lo, estende-se às questões que envolvem as condições concretas de vida do povo e dá relevância ao aspecto social; não só a ideia de paz, mas também a ideia de uma felicidade perpétua. Justiça social passa a ser a ideia norteadora ou norma da ação política contemporânea.

O artigo 193 da Constituição Federal dispõe que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Tércio Sampaio Ferraz Jr, aborda a questão:

[...] a ordem econômica deve visar assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social. O objetivo da ordem social é o próprio bem-estar social e a justiça social. A primeira deve garantir que o processo econômico, enquanto produtor, não impeça, mas ao contrário, se oriente para o bem-estar e a justiça sociais. A segunda não os assegura, instrumentalmente, mas os visa, diretamente. Os valores econômicos são valores-meio. Os sociais, valores-fim.<sup>7</sup>

Sem um nível mínimo de riqueza material e políticas públicas que proporcionem resgatar valores de dignidade, as pessoas não podem se desenvolver, não podem sequer existir enquanto seres livres e iguais. Deste modo, a sociedade deve estabelecer um conjunto mínimo de bens sociais primários que precisam ser estendidos a todas as pessoas.

Rawls<sup>8</sup> afirma que “ [...] abaixo de um certo nível de bem-estar material e social, bem como de treinamento e de educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais”.

<sup>6</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant. Seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1995. p. 20.

<sup>7</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A legitimidade na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 53.

<sup>8</sup> RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2002. p 237.

A justiça distributiva parte da premissa de uma distribuição de bens ou encargos da comunidade entre os indivíduos que a compõe. A justiça social trata das relações dos indivíduos com a comunidade, regula relações do indivíduo com outros indivíduos<sup>9</sup>.

Nesse passo, a tributação deve atuar como instrumento de justiça social, onde seu maior escopo é contribuir com a redução das desigualdades socioeconômicas. Augusto César de Carvalho Leal<sup>10</sup> afirma que “evidente que só há sentido em se falar em finalidade redistributiva da tributação sob o paradigma filosófico-ideológico que admita a intervenção do Estado na economia com o desígnio de realizar justiça social”.

Uma tributação desigual, seja ferindo princípios da isonomia fiscal seja oriunda de uma política nefasta, tem o condão de afetar as relações sociais da pessoa humana, ferindo não poucas vezes sua esfera pessoal, desvalorizando o princípio da dignidade da pessoa humana.

A atuação do Estado deve ser orientada no atendimento das necessidades coletivas, o que reclama fontes de recursos, sendo que uma das vias de obtenção destes recursos é o poder fiscal, uma exteriorização da soberania estatal. Neste diapasão o tributo jamais chega a uma conformação justa, uma vez que é retirado da sociedade, mas não reverte ao bem comum. Nesse campo, a ética do tributo se transforma apenas numa ética da arrecadação, pois o objetivo principal não reside nele, mas na mera manutenção de uma estrutura de poder.

Samuel da Silva Mattos, citado no artigo de Sérgio Ricardo Ferreira Mota apresenta três espécies de justiça pública:

[...] a primeira, justiça fiscal, realiza-se com a elaboração dos orçamentos públicos, ao buscar o justo equilíbrio entre receitas e despesas. A segunda, ou seja, a justiça social pode ser enfocada sob duas dimensões: a) inversão de prioridades na política do gasto público; e b) garantia de renda mínima. A justiça social, conforme determina o art. 170 da CF/1988 (LGL 1988\3), encontra justificativa também na intervenção do Estado na economia [...]. "A justiça tributária está orientada para a realização de um sistema normativo justo, a partir da hermenêutica jurídica do sistema tributário constitucional, sem desconsiderar seus princípios e suas regras."<sup>11</sup>

Em que pese a complexidade do sistema tributário e a tarefa árdua de trazer uma definição de justiça fiscal, parte-se da premissa que esta pode ser contextualizada diante do caso concreto, onde a noção de equidade é que predomina.

<sup>9</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social – Gênese, Estrutura e Aplicação de um Conceito, in *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, nº 17, Porto Alegre: PMPA, 2003. p. 30.

<sup>10</sup> LEAL, Augusto César de Carvalho. Justiça Social por Meio dos Tributos: a Finalidade Redistributiva da Tributação e a Regressividade da Matriz Tributária Brasileira, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº. 196, São Paulo: Dialética, Jan/2012. p.12.

<sup>11</sup> MATTOS apud MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira. Justiça Social, Tributária e Fiscal no Brasil: Uma busca imposta pela Constituição, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 93, São Paulo: RT, Jul/2010. p.93.



Segundo Miguel Reale<sup>12</sup> “enquanto que a justiça em si é medida abstrata, suscetível de aplicação a todas as hipóteses a que se refere, a equidade já é a justiça no seu dinâmico ajustamento ao caso”.

Não se pode mais entender o poder de tributar e a imputação tributária como absoluto, o Estado deve garantir a justiça fiscal e social a partir de uma superação de dogmas positivistas, passando a primar pela aplicação efetiva de valores supra positivos. Tarefa árdua esta que não se vislumbra diante da sociedade vigente.

Desta forma, o conceito de justiça na sua vertente distributiva, na qual é função do Estado em dar a cada um o que é seu na medida de sua proporcionalidade e necessidade, traz na esteira a justiça social como equilíbrio entre o econômico e o social, visando a compensação das desigualdades. Corresponde à justiça distributiva, aplicada aos desiguais.

Não há justiça social sem justiça fiscal. O tributo deve ser ético, deve-se garantir valores constitucionais e em essência o princípio da dignidade da pessoa humana.

O desequilíbrio na distribuição da carga tributária vem da concepção de uma neutralidade da tributação adotada e que afasta a justiça tributária. O peso da arrecadação acaba por ser suportada pelos mais pobres e assalariados, vítimas da tributação indireta. A humanização da imputação tributária através do respeito aos sobre princípios (constitucionais e ideológicos) ocorrerá pela efetividade de vários aspectos que vão desde uma atuação comprometida do operador do direito até uma atuação crítica da própria sociedade, vigilante quanto aos abusos praticados.

Não há como analisar a imputação tributária afastada da Justiça social. O paradoxo criado entre o campo da arrecadação e da aplicação dos recursos públicos coloca poucos favorecidos em detrimento de grande parte da sociedade. A tributação somente faz sentido se subordinada a princípios de justiça e a justiça fiscal é antes de mais nada questão de vontade política.

É possível considerar a justiça em sentido direto e próprio, que consiste em dar a cada um o que é seu. Os princípios da ordem social devem guardar correlação intrínseca com a justiça. A esse respeito, Montoro<sup>13</sup> alerta:

[...] a justiça, como o direito, não é uma simples técnica da igualdade, da utilidade ou da ordem social. Muito mais do que isso, ela é virtude da convivência humana. E significa, fundamentalmente, uma atividade subjetiva de respeito à dignidade de todos os homens.

<sup>12</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 123.

<sup>13</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 126.

A atividade tributária no País incide sobre bases da economia, como o patrimônio, a renda e o consumo. Tem-se observado uma alta oneração da renda individual, encontrando-se as pessoas jurídicas em situação mais favorável, pois dispõem da faculdade de transferir suas despesas ao preço final dos bens e serviços, ou seja, para o consumidor final. Assim, o ônus do pagamento de tributos recai demasiadamente sobre a pessoa física, que, sem alternativas, tem tributados seus salários e rendimentos, seja qual for o seu nível de renda.

Essa preocupação sobre a tributação excessiva sobre o cidadão já aparecia em Montesquieu<sup>14</sup>, para quem os recursos arrecadados pelo Estado deveriam respeitar um limite que não comprometesse a existência e sobrevivência do cidadão:

[...] não se deve tirar do povo, privando-o de suas necessidades reais, para favorecer as necessidades imaginárias do Estado. Necessidades imaginárias são aquelas exigidas pelas paixões e pelas fraquezas daqueles que governam, a fascinação de um projeto extraordinário, o desejo doentio de uma glória vã, e uma certa debilidade de espírito contra os caprichos. [...]

Ao tratar dos aspectos gerais da justiça social, convém aclarar que essa abordagem se direciona à questão tributária, não se desconhecendo que a justiça social é um direito de todos.

Como instrumento de distribuição de renda, uma política tributária deve estimular a implementação de uma carga tributária mais equitativa para o País deve contemplar os princípios tributários consolidados na Constituição Federal, que estão sendo relegados à segundo plano no passado recente. Desses preceitos convém resgatar ou reavivar os princípios da capacidade contributiva, do mínimo existencial e do não confisco.

Não é prudente que o Estado imponha uma tributação mais intensa de renda sobre uma parcela da renda que os cidadãos reservam às suas necessidades de subsistência, a saber, educação, saúde, moradia, previdência social, proteção familiar.

## CONCLUSÃO

Ao analisar o atual sistema tributário no Brasil, foi possível compreender a complexidade da questão e a urgência de encontrar soluções capazes de estabelecer uma estrutura de impostos justa e eficiente. A elevada carga tributária da economia brasileira, além de representar um ônus expressivo sobre empresas, e o aumento da informalidade, tem um preço alto no crescimento da sonegação por parte das empresas.

---

<sup>14</sup> MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 221.



O sistema tributário vigente em um dado momento é fruto de um processo de evolução que, na maior parte do tempo, é contínuo. Com efeito, uma vez fixada sua estrutura básica, ele é capaz de adaptar-se, mediante alterações nas normas legais e administrativas, nas modificações das condições econômicas e sociais reinantes e, assim, operar satisfatoriamente durante períodos relativamente longos. Sofreu desgastes ao longo do tempo, tendo sua capacidade de adaptação reduzida. Além disso, alterações profundas no ambiente econômico podem exigir ajustes que transcendem a capacidade de adaptação da estrutura tributária básica, requerendo sua modificação. Por isso, vez por outra, a tributação precisa sofrer importantes alterações concentradas em um curto espaço de tempo. Não obstante revisões ocorrerem cotidianamente, o costume reservou a expressão “reforma tributária” para fazer referência a tais descontinuidades do processo de evolução.

Distorções ainda maiores são causadas pela crescente utilização de tributos cumulativos como fonte de financiamento do setor público, principalmente da seguridade social. Este tipo de gravame sempre esteve presente no sistema tributário brasileiro. Mas, em reação à desconcentração de receita promovida pela Constituição de 1988, a União promoveu vigoroso aumento da tributação em cascata, ao longo da década de 90, o que provocou intensa deterioração da qualidade do sistema tributário. Datam também dos anos 90 duas importantes mudanças macroeconômicas.

A primeira foi que a economia brasileira passou por um processo de abertura comercial, que incluiu, além de redução das tarifas e das barreiras não - tarifárias, a integração regional, com a formação do Mercosul. Na segunda, logrou -se, em 1994, por meio do Plano Real, a estabilização da economia. Esses dois fatos criaram um novo ambiente econômico em que a competitividade do setor produtivo nacional é a questão - chave para o desenvolvimento do país. Isto exige reformulação da tributação, de modo a ajusta-la às novas circunstâncias.

Presentes os principais fatores que determinam a necessidade de uma reforma — estrutura tributária de má qualidade e envelhecida, além de ambiente econômico radicalmente diferente daquele para o qual o sistema tributário fora concebido.

Ao longo do trabalho procurou-se demonstrar o impacto da tributação na vida do cidadão, cujo foco estava na excessiva carga tributária e o retorno dado a população. Trata-se de um tema de interesse de toda população, por influenciar diretamente nos rendimentos de cada brasileiro. Mas dentro desse assunto existem outros que poderiam complementar o conhecimento sobre a sonegação fiscal e possibilitar uma cobrança mais efetiva da população frente aos seus direitos, como serviços de qualidade.

Constatou-se que tributação é a principal fonte de receita do governo e que a base de incidência é muito fortemente concentrada em impostos indiretos. Estes prejudicam a distribuição de renda, pois paga proporcionalmente mais quem ganha menos.

No decorrer da pesquisa foi observada as mais variadas motivações que levam o contribuinte a sonegar, tais como a pesada carga tributária em descompasso com os serviços prestados à sociedade pelo Estado; o sentimento de má administração, com altos gastos e aplicações inadequadas dos recursos arrecadados; a falta de equidade, a má distribuição de renda, complexidade do sistema, entre outros.

Por fim, conclui-se que é de extrema urgência uma mudança expressiva no Sistema Tributário. O país necessita de uma reestruturação consistente, para uma efetiva arrecadação (combate à sonegação), e, também uma fiscalização e controle dos gastos públicos. Dessa forma, irá adquirir uma qualidade de tributação, com a finalidade de melhorar e minimizar os efeitos negativos da carga tributária sobre a eficiência e a competitividade das empresas. Uma administração nas contas públicas visando, tão somente, um retorno melhor à população e uma redução do impacto da carga tributária na renda do trabalhador assalariado – quem ganha menos não pode continuar pagando mais tributos.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Tributário na Constituição e no STF*. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça Social – Gênese, Estrutura e Aplicação de um Conceito, in Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, nº 17, Porto Alegre: PMPA, 2003.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. A legitimidade na Constituição de 1988 in FERRAZ JR. et al. *Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1989.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas - Teoria e Prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. *O princípio do não confisco no direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEAL, Augusto César de Carvalho. *Justiça Social por Meio dos Tributos: a Finalidade Redistributiva da Tributação e a Regressividade da Matriz Tributária Brasileira*, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 196, São Paulo: Dialética, Jan/2012.



MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 21 ed. São Paulo: RT, 1993.

\_\_\_\_\_. *Introdução à ciência do direito*. 25 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira. Justiça Social, Tributária e Fiscal no Brasil: Uma busca imposta pela Constituição, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 93, São Paulo: RT, Jul/2010.

NEVES, Nicole Scassiotta. O princípio da capacidade contributiva e sua concretização. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*. Belo Horizonte: Fórum, ano 12, n. 72, nov/dez 2014.

NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios Constitucionais Tributários – A Nova Matriz da Cidadania Democrática na Pós-Modernidade Tributária*. Rio de Janeiro. Renovar. 2008.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro. Renovar. 2012.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Direito tributário, linguagem e método*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2008.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limite à tributação democrática no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant. Seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SANTOS, Maria Angélica dos. Realidade Fiscal e Distributividade de Riquezas à Luz da Teoria Rawlsiana, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 46, São Paulo: RT, Jul/2006.

## CRIPTOATIVOS – DESAFIOS PARA A SUA REGULAMENTAÇÃO

Luis Phelippe Martins

Graduado pela Faculdade de Direito Estácio. Advogado. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Cândido Mendes.

**Resumo:** O trabalho busca estreitar o debate sobre os criptoativos, suas inovações no mundo jurídico, como aplicação prática frente ao Estado regulamentador, bem como ao Congresso Nacional que já realiza debate legislativo em regulamentar o assunto no ambiente interno brasileiro. Além disso, terão alguns enfrentamentos aos decretos instituídos na Comissão de Valores Mobiliários, que tentam regulamentar as novas práticas realizadas no âmbito social de interação dos indivíduos. Corroborando com os atos da Comissão de Valores Mobiliários, teremos a atuação do Judiciário em trazer luz aos novos atos da sociedade no âmbito econômico, em estabelecer a aplicação de normas que não são específicas ao novo instrumento econômico denominado criptoativos.

**Palavras-chave** – Criptoativos. Estado Regulamentador. Proteção de Dados. Privacidade das Operações. Aplicação da Lei nº 13.709/2018. CVM.

**Sumário** – Introdução. 1. A Dicotomia Do Conceito De Criptoativo Para O Operador Do Direito. 2. Causas De Insegurança Jurídica Entre Moeda Virtual Face Valor Mobiliário. 3. Descentralização Do Criptoativo Opondo-Se Ao Ato De Governo. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute analisar de forma mais aprofundada os riscos e possíveis benefícios de se ter um órgão regulador do *Bitcoin* no Brasil, ou não. A demanda é reconhecida e requisitada pela sociedade, advindo ao crescente número de empresas que estão atuando no Brasil oferecendo investimento em Bitcoin, porém boa parte dessas empresas não tem qualquer vínculo de registro, endereço no Brasil, o que leva a crer se tratar de risco iminente, e com possíveis fraudes.

Para sustentar o trabalho, a abordagem doutrinária é necessária, conjuntamente com breve análise de uma decisão recente do Superior Tribunal de Justiça que faz uma abordagem indireta a respeito do tema, porém é a única até o momento, e a atual discussão parlamentar.

A atualidade é confrontada com diversas novidades e uma delas é o *Bitcoin*, uma moeda digital completamente descentralizada e sem qualquer vínculo governamental, acompanhada





da funcionalidade em ser uma nova modalidade de pagamento eletrônico, por meio da tecnologia da *Blockchain*. Essa situação no Brasil não tem um órgão regular ou norma possível de aplicação direta, apenas atuação da Comissão de Valores Mobiliários balizando o atuar das empresas que operam com a nova tecnologia: É possível criar regulamentação a moeda digital que é descentralizada de qualquer ato de Governo? Como a aprovação do PL nº 2303/2015, poderia beneficiar a sociedade civil e empresarial do Brasil, e ao mesmo tempo impedir situações de fraude?

O tema é controvertido na doutrina, e não há jurisprudência sobre o tema, apenas julgado que merecerá atenção, uma vez que sempre é delicada a intervenção Estatal nas relações econômicas livres.

Com o artigo científico se busca apresentar o conceito de criptomoeda (moeda digital) e compreender como esse conceito vem sendo modernizado ao longo do tempo, e como ele pode interferir na vida em sociedade, ao passo que cada País adotará uma política de atuação perante o atual tema, que tem como base a livre iniciativa de que cada cidadão poderá ser seu próprio banco. Pretende-se, ainda, canalizar o estudo para o foco no atuar de empresas que utilizam a moeda digital e realizam ofertas públicas na comunidade brasileira, mesmo sem possuírem sedes oficialmente cadastradas no território nacional.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a possibilidade ou não de se ter um órgão regulador do Bitcoin, que dê segurança jurídica, haja vista se tratar de moeda digital que não tem a sua criação vinculada a ato Estatal.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que há enorme discussão acerca do PL nº 2303/2015, com a convocação de vários Diretos Executivos de diversas empresas brasileiras, a fim de auxiliarem a produção de normas eficazes para o mercado livre.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade da Comissão de Valores Mobiliários do Brasil no atuar diretamente, mas sem qualquer respaldo legal o monitoramente e adequação de empresas que atuam ou pretendem atuar no mercado brasileiro.

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. Breve pesquisa de campo.

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

## 1. A DICOTOMIA DO CONCEITO DE CRIPTOATIVO PARA O OPERADOR DO DIREITO

Antes de responder de forma direta é necessária uma breve análise, de como funciona o *Bitcoin*, e a tecnologia *Blockchain*.

O *Bitcoin* é uma moeda digital *peer-to-peer* (de ponto a ponto), contendo um código aberto, sem depender de uma autoridade central, como no exemplo do Brasil, o Banco Central que regula as transações de moeda com o real. Entre muitas peculiaridades, o que torna o *Bitcoin* único é o fato de ele ser o primeiro sistema de pagamentos global totalmente descentralizado, ou seja, ele não tem vínculo com nenhum País ou Governo. Em primeiro momento possa parecer complicado, o conceito fundamental não é difícil de compreender.<sup>1</sup>

Antes do *Bitcoin*, em 2008, transações *online* sempre requereram um terceiro intermediário de confiança. Por exemplo, se Mévio quisesse enviar R\$ 100,00 ao Tício por meio da internet, ele teria que depender de serviços de terceiros como *PayPal* ou Mastercard. Intermediários como o *PayPal* mantêm um registro dos saldos em conta dos clientes.<sup>2</sup>

Quando Mévio envia R\$ 100,00 ao Tício, o *PayPal* debita a quantia de sua conta, creditando-a na de Tício. Sem tais intermediários, um dinheiro digital poderia ser gasto duas vezes. Imagine que não haja intermediários com registros históricos, e que o dinheiro digital seja simplesmente um arquivo de computador, da mesma forma que documentos digitais são arquivos de computador.

Mévio poderia enviar ao Tício R\$ 100,00 simplesmente anexando o arquivo de dinheiro em uma mensagem. Mas assim como ocorre com um e-mail, enviar um arquivo como anexo não o remove do computador originador da mensagem eletrônica. Mévio reteria a cópia do arquivo após tê-lo enviado anexado à mensagem.

Dessa forma, ele poderia facilmente enviar o mesmo R\$ 100,00 ao Túlio. Em ciência da computação, isso é conhecido como o problema do “gasto duplo”, e, até o advento do *Bitcoin*, essa questão só poderia ser solucionada por meio de um terceiro de confiança que empregasse um registro histórico de transações.

---

<sup>1</sup> ULRICH, Fernando. *Bitcoin A Moeda Na Era Digital*. p. 17. São Paulo: Mises Brasil 2014.

<sup>2</sup> *Ibid*, p. 18.



O *Bitcoin* é revolucionário porque pela primeira vez o problema do gasto duplo pode ser resolvido sem a necessidade de um terceiro. *Bitcoin* o faz distribuindo o imprescindível registro histórico a todos os usuários do sistema via uma rede *peer-to-peer*. Todas as transações que ocorrem na economia *Bitcoin* são registradas em uma espécie de livro-razão público e distribuído chamado de *Blockchain*, que é uma corrente de blocos, sendo um registro público de transações, o que nada mais é do que um grande banco de dados público, contendo o histórico de todas as transações realizadas.

A cada nova transação é verificada no *blockchain* de modo a assegurar que os mesmos Bitcoins não tenham sido previamente gastos, eliminando assim o problema do gasto duplo.

A rede global *peer-to-peer*, é composta por milhares de usuários, que colocam o seu computador para resolver cálculos matemáticos, o primeiro computador que concluir o problema é recompensado com uma fração do *Bitcoin*.

Assim, outros computadores que estavam realizando a solução do mesmo problema, recebem a informação, e é salvo em todos os computadores da rede que a transação foi concluída, passando para o próximo cálculo matemático. Cada cálculo matemático é uma transação concluída, um registro bem sucedido na rede *Blockchain*, o que a torna o seu próprio intermediário. Atualmente, tem diversas empresas que alugam um espaço e colocam dezenas de computadores para realizar a mineração de *Bitcoin*, que é a realização dos problemas matemáticos, a fim de salvar a informação na rede *Blockchain*.

As leis e regulações atuais não preveem uma tecnologia como o *Bitcoin*, o que resulta em algumas zonas legais cinzentas. Isso ocorre porque o *Bitcoin* não se encaixa em definições regulamentares existentes de moeda ou outros instrumentos financeiros ou instituições, tornando complexo saber quais leis se aplicam a ele e de que forma.

O *Bitcoin* tem a propriedade de um sistema eletrônico de pagamento, uma moeda e uma *commodity*. Dessa forma, estará certamente sujeito ao olhar de diversos reguladores. Vários países estão atualmente debatendo o *Bitcoin* em nível governamental. Alguns já emitiram pareceres ou pronunciamentos oficiais, estabelecendo diretrizes, orientações, uns com uma postura neutra, outros de forma mais cautelosa.

Possivelmente o Estado irá destorcer como a funcionalidade do *Bitcoin* e do *Blockchain* funcionam, por que não conhecem a fundo. Como bem retrado por Don Tapscott e Alex Tapscott:

O que os legisladores, reguladores e juizes de todo o mundo vão fazer das tecnologias *blockchain*? Os Tribunais irão entender isso errado. Eles já começaram a entender

errado, aplicando regras de propriedade intelectual a qualquer coisa que é intangível. Eles Pensam que o aspecto físico é a linha divisória entre propriedade virtual e a propriedade intelectual, e não é, disse Josh Fairfield. Não há elemento de propriedade intelectual, não há nenhuma parte de um *Bitcoin* que seja propriedade intelectual, não há nenhuma centelha criativa de direitos autorais, não há nenhuma ideia patenteável, não há nenhuma patente, não há nenhuma marca.<sup>3</sup>

A vontade do Estado em cercar o avanço do Bitcoin, pode gerar inúmeros retrocessos, como bem exemplificado por Fernando Ulrich:

Amiúde, estados solaparam as moedas naturais em benefício próprio. Mas a natureza descentralizada da moeda digital impõe um revés ao ímpeto intervencionista estatal. Com certeza, é um ponto de inflexão na história monetária mundial, cujos desdobramentos só podemos especular.<sup>4</sup>

Existem países que decidiram proibir a circulação do *Bitcoin* nas instituições privadas que são estabelecidas naquela região, como bem exemplificado por Tapscott, Don, e Tapscott, Alex: “A jurisdição já importa quando se trata de utilizar Bitcoin. Alguns governos proibiram o Bitcoin ou proibiram os bancos estaduais de trocá-lo, como fez a China”.<sup>5</sup>

Nesse diapasão, percebe-se que tentar regular algo criado para não ser regulado, pode afetar o desenvolvimento social de pessoas ou sociedades como um todo a evoluírem o empoderamento sobre seu próprio dinheiro, tornando-se refém das políticas instituídas pelo seu Governo.

## 2. CAUSAS DE INSEGURANÇA JURÍDICA ENTRE MOEDA VIRTUAL FACE VALOR MOBILIÁRIO

O *Bitcoin* apresenta-se como a primeira moeda virtual a ser disponibilizada seguindo o modelo de Oferta Inicial de Moeda (ICO), possibilitando o seu fomento em captar recursos financeiros do público em geral para auxiliar a construção e desenvolvimento, em contrapartida são emitidos ativos virtuais em favor do investidor.<sup>6</sup>

<sup>3</sup>TAPSCOTT, Don, TAPSCOTT, Alex, Blockchain Revolution, editora Senai-SP, p. 312.

<sup>4</sup>ULRICH, op. cit, p. 96.

<sup>5</sup>TAPSCOTT, Don, TAPSCOTT, Alex, Blockchain Revolution, editora Senai-SP, p. 313.

<sup>6</sup>BRASIL. *Série Alertas*. Disponível em: <[https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Alertas/alerta\\_CVM\\_CRIPTOATIVOS\\_10052018.pdf](https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Alertas/alerta_CVM_CRIPTOATIVOS_10052018.pdf)> Acesso em: 10 abril 2020.



Percebe-se que quando uma oferta inicial de moeda é lançada, se tem a possibilidade de adquirir um tipo de investimento, que pode ter um tipo de regulamentação ou não pela Comissão de Valores Mobiliários, como veremos mais a frente. A aquisição de um ativo virtual deve ser precedida de maior cautela, tendo em vista que envolve uma ideia inovadora.

É daqui que precede a preocupação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por se tratar de um ativo de tamanho risco para o investidor experiente, há que se ponderar a maior exposição em risco do consumidor habitual, que se chama de esporádico. A CVM tem um papel muito importante, como destaca o Superior Tribunal de Justiça em seus julgados, “Os consumidores foram devidamente alertados dos riscos desse tipo de investimento e estavam cientes da possibilidade de perdas de rentabilidade e até mesmo de capital.”<sup>7</sup>

O *token* (como é conhecido em seu nome habitual, faz referência ao ativo virtual), que confere direito em diversos meios ao seu detentor, que pode ser um crédito a ser consumido em uma empresa (dependerá de qual a finalidade que a empresa que o disponibilizará irá adotar como regra), e, só o ativo virtual com valor mobiliário será enquadrado para fins de regulamentação.<sup>8</sup>

A Comissão de Valores Mobiliários identifica que o criptoativo são ativos virtuais, protegidos por criptografia, presentes exclusivamente em registros digitais, contendo operações executadas e armazenadas em rede mundial de computadores. A plataforma responsável pelo armazenamento da criptomoeda se chama Blockchain, em que se tem uma rede mundial de computadores conectados entre si, que armazena o ativo em um bloco matemático resolvido pelo minerador. A CVM identifica o Bitcoin como uma moeda virtual, por se tratar de compra e venda em casas de câmbio, por isso não seria competência do órgão atuar na sua regulamentação.<sup>9</sup>

Para o Banco Central as chamadas moedas virtuais não têm garantia de conversão para a moeda oficial, tampouco são garantidas por ativo real de qualquer espécie. O valor de conversão de um ativo conhecido como moeda virtual para moedas emitidas por autoridades monetárias

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *agravo em recurso especial* nº 1.198.863 – SC. Relator: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82180284&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201702884937&data=20180423&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82180284&tipo_documento=documento&num_registro=201702884937&data=20180423&formato=PDF). Acesso em: 30 abr. 2020.

<sup>8</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *apelação cível*. nº 0711435-44.2017.8.07.0007. Relator: Desembargador ALVARO CIARLINI. Disponível: <<https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcesso-ConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=e3b1ec5daba4cf7aae-aafdf6aca14eef675155520793a72828be0146f89f049032b5dcd03c8a75b42f46eda99762df4d14e735cbbbace4fd&idProcessoDoc=12639727>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

<sup>9</sup> BRASIL. *Atuação Irregular*. Disponível em: <[http://www.cvm.gov.br/menu/investidor/alertas/ofertas\\_atuacoes\\_irregulares.html](http://www.cvm.gov.br/menu/investidor/alertas/ofertas_atuacoes_irregulares.html)> Acesso em: 17 abr. 2020.



depende da credibilidade e da confiança que os agentes de mercado possuam na aceitação da chamada moeda virtual como meio de troca, assim como das expectativas de sua valorização. O risco de conversão de moeda virtual em reais ou de sua utilização como meio de pagamento é, portanto, dos usuários.<sup>10</sup>

Em recente episódio a instituição Banco Central do Brasil realizou uma votação por meio da Ata 3153<sup>11</sup>, apontando para as dificuldades de se especular um ativo de moeda virtual, por serem de altíssimo risco do grau imponderável, podendo ocorrer a perda de todo o capital em moeda nacional despendido, contendo ainda a alta volatilidade como fator de risco, finalizando sobre o mecanismo de armazenamento do ativo que pode levar o detentor a sofrer perdas patrimoniais. Em outro ponto há o debate da utilização da moeda virtual para a prática ilícita, que as condutas daqueles integrantes destas condutas serão investigados e conduzidos pelas autoridades competentes a apuração da responsabilidade penal e administrativa. Com ponderamento final sobre a necessidade de regulamentação, aponta que o BC incentiva a adoção de novas técnicas que desempenhem um papel inovador e com bom retorno as tecnologias, mas que não deve colocar em perigo o funcionamento monetário do Brasil, e muito embora não demonstre risco relevante para o Sistema Financeiro Nacional, requer a adoção de regulamentação para que seja útil a adoção de medidas regulatórias, em deixar o ativo mais seguro para a população como um todo.

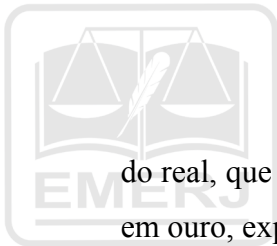
O Banco Central do Brasil está muito preocupado com a adoção em larga escala de um ativo digital que não se pode controlar, advindo de inexistir a criação de alguma instituição específica conhecida, a criação se deu por uma pessoa ou instituição anônima (como abordado no capítulo 1), e se tem o consenso de utilizadores de varias partes do mundo. Ou seja, não há uma instituição adotando medidas por trás deste ativo, e sim um consenso global de usuários que estipulam um valor agregado de acordo com a oferta x procura do ativo. O que torna a atuação do Banco Central do Brasil, e de outros bancos centrais ineficientes, porque estamos lidando com a vontade de cada usuário detentor do ativo de cara parte do globo.

A ATA nº 3.153<sup>12</sup> do Banco Central, pretende diversos apontamentos que não se sustentam, ao passo que afirmar que a moeda virtual não tem garantia monetária, e que não são lastreados em ativo real, pois bem o BC na resolução nº 2082, tenta explicar como é feito o lastro

<sup>10</sup> BRASIL. *Relatório Administrativo 2014 Banco Central*. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/Pre/Su-rel/RelAdmBC/2014/files/Relatorio-da-Administracao-2014.pdf>> Acesso em: 19 abr. 2020.

<sup>11</sup> BRASIL. *Ata Banco Central nº 3.153*. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadVoto.asp?arquivo=/Votos/BCB/2017246/Voto\\_2462017\\_BCB.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadVoto.asp?arquivo=/Votos/BCB/2017246/Voto_2462017_BCB.pdf)> Acesso em: 19 abr. 2020.

<sup>12</sup> Ibid.



do real, que seria em parcelas das reservas internacionais disponíveis em moeda estrangeira, e em ouro, expressas por suas equivalências em dólares dos Estados Unidos.<sup>13</sup>

Porém o Dólar Americano não tem lastro desde o ano de 1971, quando o presidente Richard Nixon, deixou de vincular cada impressão de dólar americano a uma reserva equivalente em ouro minerado. Com isso, o governo dos Estados Unidos conta com a sua credibilidade para gerar lastro a moeda, que na verdade é o conceito de confiança depositado de que o Governo Americano irá garantir a manutenção do dólar.<sup>14</sup>

Assim sendo, voltando ao debate da ATA do Banco Central do Brasil sobre a forte terror que é a exposição a moeda virtual, tendo em vista que ela não é lastreada por nenhum governo. Como foi necessário a exposição de alguns acontecimentos históricos acima, irei fazer a conclusão aqui. Acredito que o Banco Central do Brasil está criando dificuldades em debater o assunto e aprimorar as inovações tecnológicas existentes, e já em uso por milhões de usuários pelo mundo. Porque não é correto afirmar que a moeda virtual não tem lastro, e por isso ela é perigosa para a sociedade, por termos a mesma falta de lastro na moeda Real brasileiro, e no Dólar Americano, uma vez que vejo semelhanças em que todas as mencionadas utilizam da confiança na outra parte para que aquele ativo gere valor. É bem claro que uma moeda virtual terá uma maior volatilidade em comparação a uma moeda estatal que tem um histórico de uso bem longo, e a garantia do governo é mais valiosa frente aos usuários de um ativo recente.

O Superior Tribunal de Justiça está julgou o conflito de competência nº 161123 SP 2018/0248430-4, no sentido de que a operação envolvendo compra e venda de criptomoedas não encontra regulamentação no ordenamento jurídico pátrio, e o Banco Central do Brasil não considera a moeda virtual, como moeda, ainda a Comissão de Valores Mobiliários não a caracterizam como valor mobiliário.<sup>15</sup>

### 3. DESCENTRALIZAÇÃO DO CRIPTOATIVO OPONDO-SE AO ATO DE GOVERNO

<sup>13</sup> BRASIL. *Resolução Banco Central nº 2082*. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1994/pdf/res\\_2082\\_v1\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1994/pdf/res_2082_v1_O.pdf)> Acesso em 19 abril 2020.

<sup>14</sup> ESTADÃO. *Conceito histórico do fim do lastro do dólar*. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,fim-do-padrao-ouro-para-o-dolar-completa-40-anos,80236e>> Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência nº 161123 SP 2018/0248430-4*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1777572&num\\_registro=201802484304&data=20181205&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1777572&num_registro=201802484304&data=20181205&formato=PDF)>. Acesso em : 28 abr. 2020.

Pela análise da estrutura governamental do Estado Brasileiro, e o formato legislativo adotado na Constituição da República Federativa do Brasil, foi adotado o artigo 170, parágrafo único da CRFB/88, que diz: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”<sup>16</sup> Ao passo que, é assegurado na constituição o livre exercício de qualquer atividade econômica, a fim de gerar renda e movimentar a economia do país, por outro lado, tem-se a necessidade de se demonstrar que tal atividade não estaria indo de encontro com as atividades essenciais do Estado, como por exemplo: se tornar a moeda fiduciária brasileira, no lugar da moeda Real já instituída, em um julgado no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Relator Rosa Weber, entende da seguinte forma: “O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. É inconstitucional restrição imposta pelo Estado ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quando utilizada como meio de cobrança indireta de tributos.”<sup>17</sup>

O Judiciário brasileiro começou a se deparar com a demanda social em gira em torno da moeda virtual, tal modo é encontro em uma jurisprudência que teve o Ministro Marco Aurélio Bellizze como relator, em que ele apontou a dinâmica da criptomoeda, e a sua ausência de autoridade central que tenha o controle desse sistema econômico alternativo entre utilizadores particulares, e que o Estado não possui qualquer gerência de monitoramento para definir o seu funcionamento. Conforme parte do seu voto abaixo:

A moeda virtual, em geral, pode ser compreendida como um protocolo computacional de código aberto, criptografado (o que envolve um conjunto de princípios e técnicas empregadas para cifrar uma mensagem e torná-la ininteligível a quem não tem acesso às convenções combinadas - Dicionário Houaiss) e matematicamente válido, que representa uma unidade de valor, por meio do qual se efetivam transações comerciais e/ou financeiras, a consubstanciar um sistema econômico alternativo, criado por particulares, e não por um Estado. Possui, como principais características, a incorporeidade, a desnecessidade de um terceiro intermediário para realização de transações e a ausência de uma autoridade central emissora e controladora.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2020.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ag.reg. no recurso extraordinário nº RE 668195 AgR / DF - Distrito Federal*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ES-CLA%2E+E+668195%2EUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+668195%2EACMS%2E%29&ase=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yypqgere>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

<sup>18</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1696.214 SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83511715&num\\_registro=201702244334&data=20181016&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83511715&num_registro=201702244334&data=20181016&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 30 abr. 2020.





O Brasil já avançou em muitos aspectos quanto ao assunto de liberdade econômica, um deles muito importante foi a implementação da Lei nº 13.874/2019, em seu artigo 2º, teve como princípios norteadores: a liberdade como garantia de exercício econômico, que tende a tirar o Estado regulatório e dar espaço para que as empresas privadas possam assumir o seu lugar de “rei” no tocante ao desenvolvimento empresarial, sem ficar atrelado a regulamentações estreitas que não avançam de acordo com os acontecimentos tecnológicos, em segundo lugar está presente a boa-fé do particular face o poder público, que deve seguir as diretrizes legais, atitude proba, não realizar atitudes ilícitas ou obscuras, terceiro, ter o Estado como supervisor da empreitada, este, Estado dá a liberdade de fomentar o seu próprio negócio, mas ficará por perto acompanhando se não ocorrerá desvio de finalidade.<sup>19</sup>

Atualmente tem-se discutido na Câmara de Deputados Federal o Projeto de Lei nº 2060/2019, que visa regulamentar a moeda digital no Brasil, aumentar a pena para o crime de “pirâmide financeira”, e aumentar a pena também para os casos de uso fraudulento de Criptoativos. O artigo primeiro desta lei identifica a moeda como um meio de pagamento digital, reserva de valor, utilidades, e valor mobiliário. Conforme abaixo:

Esta lei dispõe sobre Criptoativos, que englobam ativos utilizados como meio de pagamento, reserva de valor, utilidade e valor mobiliário, e sobre o aumento de pena para o crime de “pirâmide financeira”, bem como para crimes relacionados ao uso fraudulento de Criptoativos.<sup>20</sup>

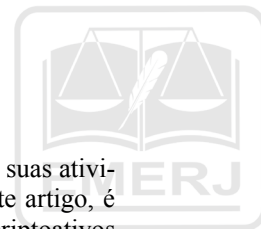
O que tornaria a modalidade de ativo virtual legal no Brasil, e por consequência a Comissão de Valores Mobiliários poderia editar normas que visam a regulamentação do Criptoativo, pois sem essa autorização por lei federal, a CVM nada pode fazer, como fora bem discutido no capítulo dois deste trabalho científico.

Outro ponto muito importante é que o projeto de lei debate sobre quem pode realizar a emissão do Criptoativo, e até o momento do debate político sobre a legislação está em texto a possibilidade da pessoa jurídica de direito público e privado, estabelecida no Brasil, emita o ativo digital e a sua comercialização, para facilitar o debate do artigo abaixo:

Art. 4º A emissão de Criptoativos, sob o escopo desta Lei, poderá ser realizada por pessoas jurídicas de direito público ou privado, estabelecidas no Brasil, desde que a

<sup>19</sup> BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2020.

<sup>20</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº 2069 de 2019*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1728497&filename=PL+2060/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1728497&filename=PL+2060/2019)>. Acesso em: 30 abr. 2020.



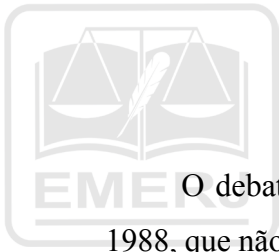
finalidade à qual serve a emissão dos Criptoativos seja compatível com as suas atividades ou com seus mercados de atuação. § 1º Observado o disposto neste artigo, é livre a emissão de criptoativos de utilidade, bem como de outros tipos de criptoativos que, por sua natureza ou pela natureza dos bens, serviços e/ou direitos subjacentes, não estejam sujeitos à regulação específica. § 2º A emissão de criptoativos que, por sua natureza ou pela natureza dos bens, serviços ou direitos subjacentes, estejam sujeitos à regulação específica a ela devem se submeter.<sup>21</sup>

A revista brasileira de direito faz um apontamento sobre o tema, no sentido de que urge a necessidade de uma regulamentação, e um dos pontos mais importante que merece destaque é a visão de que a moeda virtual traria certo anonimato e a quebra de censura imposta por alguns Estados. Em outro momento há forte debate sobre a proibição de enviar moeda para determinados países, e que a proibição seria um ponto que deveria ser levado em consideração. Por último retoma o discurso de que é crucial a regulamentação, porque deveria ocorrer um sentido de priorizar as prioridades do Estado, vez que não se tem nenhuma baliza equalizadora de uma lei que regulamente, e sendo a própria regulamentação inicial, devera vir de maneira mais abrangente. Ressaltando que os possíveis benefícios da regulamentação deveriam vir em observância atendendo as necessidades dos usuários, sempre, cumprindo com as obrigações legais já vigentes no país. Tornou-se necessário exemplificar com maiores detalhes a passagem mitigada da autora sobre o tema em debate, a seguir:

Um outro ponto de relevância que precisa ser analisado em relação à moeda refere-se à possibilidade de quebra da censura imposta por alguns Estados, pois o sítio pode ser acessível com programas que protegem a anonimidade, mesmo que um determinado país proíba o acesso ao *software*. Essa facilidade de acesso faz com que muitos indivíduos enviem dinheiro aos seus parentes, que moram em outros países menos desenvolvidos ou em ditaduras (TRAUTMAN, 2014). Esse problema não difere, apesar de seus propósitos, do fácil acesso de usuários de sítios ilegais. O Estado deveria, então, tecer uma política com relação à proibição de envio de moedas para determinados países ou com relação à proibição do *software*, mas deve-se mencionar que dificilmente essa norma seria mais cumprida que outras normas semelhantes e, como já afirmado, dificilmente a censura seria uma atitude apropriada, para os países que desejam ter uma situação econômica favorável. Para bem delimitar os pontos mais cruciais para a regulamentação, é preciso, cartesianamente, estabelecer as prioridades do Estado. Segundo Lorenzetti (2004), quando surge uma nova tecnologia, geralmente as primeiras regulamentações são mais abrangentes, enquanto outras leis a seguem, para especificar ou, para detalhar o comportamento que o Estado julga apropriado.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº 2069 de 2019*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1728497&filename=PL+2060/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1728497&filename=PL+2060/2019)>. Acesso em: 30 abr. 2020.

<sup>22</sup> CAMPOS, Gabriela. Bitcoin: consequências jurídicas do desenvolvimento da moeda virtual. *Revista Brasileira de Direito*. Paraíba, Vol. 11, nº 2, p. 77-84, Dez. 2015. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/769/950>>. Acesso em: 30 abr. 2020.



O debate acima refaz a didática da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que não poderá ocorrer censura, de tal modo, o Estado por meio da sua força, juntamente com o Legislativo, não deveriam realizar qualquer tipo de censura perante a sociedade de novas tecnologias, que aparentemente, vieram para beneficiar a sociedade.

## CONCLUSÃO

O presente artigo, em suas limitadas pretensões, buscou trazer considerações necessárias à adequada análise das questões abordadas. Em primeiro momento abordou-se as principais características da moeda digital de maior relevância no mercado mundial, e suas funcionalidades. Ficando exemplificado que é uma modalidade atônica a regulamentação de Estado, ou restrição por meio de regulamentação.

Sendo assim, defende-se o uso da tecnologia que beneficiará muitas pessoas ao redor do mundo, que tem conceitos próprios de diretrizes, ficando a cargo do Estado a regulamentação referente a modalidade ilícita perpetuada por pessoas que tentam exercer atitudes irregulares com o ordenamento jurídico brasileiro.

Em segundo momento pretendeu-se estabelecer algumas diretrizes de assimetria entre valor mobiliário e moeda virtual, que já houve momentos que pendiam essa discussão em manter conceitos equivocados, ao passo de ter aplicabilidade violada por estes termos. Simplificando as diretrizes, o trabalho pretendeu desmitificar a singularidade não enxergada, em que se transformou a ideia de realizar trocar de moeda virtual sem a necessidade de um terceiro para intermediar a transação.

Assim, ficou claro o direito ao livre acesso de cada cidadão a nova tecnologia, e a CVM quando abordou o assunto entendeu que se tratava de competência de regulamentação por lei federal, e não de atuação do órgão.

No terceiro apontamento, foi necessário analisar que a modulação do Estado é sempre rígida, o que dificulta as possibilidades de adoção imediata de novos meios que são melhores para a população, visto que está permeado de burocracia para se adotar o simples que funciona. Porque se fosse simples, a população iria identificar que o Estado do tamanho que está é ineficaz, só trazendo prejuízo para o desenvolvimento da sociedade.

Pode-se dizer que diante uma funcionalidade descentralizada por meio da rede de computadores divididas em todo o mundo, se torna ineficaz um tipo de regulamentação que foque em proibir, restringir o uso. Devendo-se exercer o direito de soberania e estabelecer normas e

diretrizes para as empresas e usuários que pretendem utilizar da nova tecnologia, como forma de estabelecer normas claras que funcionem em todo o território brasileiro.

O entendimento que chegou este pesquisador foi no sentido de que é necessário que o Estado exerça a sua soberania em regulamentar, para criar normas e regras que funcionem, e que protejam os direitos dos usuários que se utilizem da tecnologia. Pois há casos de empresas fraudulentas se utilizando de um meio não regulamentado para aplicar golpe.

Ficou evidente, por estas razões, que há a necessidade de regulamentação, mas eu o Estado deve se ater em editar regras que permitam o uso da tecnologia, e não tentar criar normas ineficazes, ao ponto de engessar a sua funcionalidade por todos os cidadãos que expressem vontade em usar a tecnologia ao seu favor.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Atuação Irregular*. Disponível em: <[http://www.cvm.gov.br/menu/investidor/alertas/ofertas\\_atuacoes\\_irregulares.html](http://www.cvm.gov.br/menu/investidor/alertas/ofertas_atuacoes_irregulares.html)> Acesso em: 17 abr. 2020.

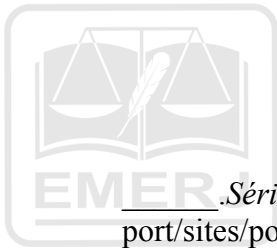
\_\_\_\_\_. *Relatório Administrativo 2014 Banco Central*. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/Pre/Surel/RelAdmBC/2014/files/Relatorio-da-Administracao-2014.pdf>> Acesso em: 19 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Resolução Banco Central nº 2082*. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1994/pdf/res\\_2082\\_v1\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1994/pdf/res_2082_v1_O.pdf)> Acesso em: 19 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Ata Banco Central 3.153*. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadVoto.asp?arquivo=/Votos/BCB/2017246/Voto\\_2462017\\_BCB.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadVoto.asp?arquivo=/Votos/BCB/2017246/Voto_2462017_BCB.pdf)> Acesso em: 19 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Em Recurso Especial nº 1.198.863 – SC*. Relator: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82180284&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201702884937&data=20180423&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82180284&tipo_documento=documento&num_registro=201702884937&data=20180423&formato=PDF). Acesso em: 30 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação cível. nº 0711435-44.2017.8.07.0007*. Relator: Desembargador Alvaro Ciarlini. Disponível: <<https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documento-SemLoginHTML.seam?ca=e3b1ec5daba4cf7aae-aafdf6aca14eef675155520793a72828be0146f89f049032b5dcd03c8a75b42f46eda99762df4d14e735cbbbace4fd&idProcessoDoc=12639727>>. Acesso em: 28 abr. 2020.



\_\_\_\_\_. *Série Alertas*. Disponível em: <[https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Alertas/alerta\\_CVM\\_CRIPTOATIVOS\\_10052018.pdf](https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Alertas/alerta_CVM_CRIPTOATIVOS_10052018.pdf)> Acesso em 10 abr. 2020.  
BRASIL.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência nº 161123 SP 2018/0248430-4*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1777572&num\\_registro=201802484304&data=20181205&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1777572&num_registro=201802484304&data=20181205&formato=PDF)>. Acesso em: 28 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ag.reg. no recurso extraordinário nº re 668195 AgR / Df - Distrito Federal*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ES-CLA%2E+E+668195%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+668195%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yypqgre>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1696.214 SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83511715&num\\_registro=201702244334&data=20181016&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83511715&num_registro=201702244334&data=20181016&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 30 abril 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 2069 de 2019*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1728497&filename=PL+2060/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1728497&filename=PL+2060/2019)>. Acesso em: 30 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 2069 de 2019*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1728497&filename=PL+2060/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1728497&filename=PL+2060/2019)>. Acesso em: 30 abr. 2020.

CAMPOS, Gabriela. Bitcoin: consequências jurídicas do desenvolvimento da moeda virtual. *Revista Brasileira de Direito*. Paraíba, V. 11, nº 2, p. 77-84, Dez. 2015. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/769/950>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

ESTADÃO. *Conceito histórico do fim do lastro do dólar*. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,fim-do-padrao-ouro-para-o-dolar-completa-40-anos,80236e>> Acesso em: 20 abr. 2020.

Tapscott, Don, e Tapscott, Alex, *Blockchain Revolution*, editora Senai-SP

ULRICH, Fernando. *Bitcoin A Moeda Na Era Digital*. São Paulo: Mises Brasil, 2014.

## ASSÉDIO SEXUAL: A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO TIPO LEGAL PARA A INCLUSÃO DE CONDUTAS PRATICADAS ALÉM DO AMBIENTE DE TRABALHO

Luiza Martins Couto Pinto

Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

**Resumo** – os bens jurídicos que envolvem a violência contra a mulher são protegidos pelo direito penal das mais diversas maneiras, seja com as normas que coíbem a violência doméstica e familiar, seja por meio da forma qualificada de feminicídio ou pela tipificação de condutas como estupro ou importunação sexual. Entretanto, em que pese o avanço da legislação nesse sentido, o assédio sexual fora do ambiente de trabalho não encontra proteção efetiva no direito penal ou em qualquer ramo do direito. Assim, o presente artigo propõe uma reflexão acerca da necessidade de proteção efetiva desses direitos e apresenta como alternativa a ampliação do tipo penal do art. 216-A para criminalizar as referidas condutas.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Crimes em Espécie. Assédio Sexual. Importunação Sexual.

**Sumário** – Introdução. 1. O assédio sexual em números e os tipos penais existentes. 2. A necessidade da intervenção do direito penal e da proteção dos bens jurídicos envolvidos no crime de assédio. 3. A ampliação do tipo penal de assédio sexual para condutas praticadas além do ambiente de trabalho. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Atualmente, o código penal brasileiro traz, no art. 216-A, a tipificação do crime de assédio sexual como sendo o ato de constranger alguém com o intuito de levar vantagem sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência, inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Nota-se, portanto, que o referido artigo pode ser classificado como um crime próprio, isto é, crime em que o agente deve ser uma pessoa específica, qual seja, um superior hierárquico ou ascendente, para que o tipo penal seja configurado. Dessa forma, assédios sofridos fora do ambiente de trabalho, ou, inclusive, no ambiente de trabalho, porém, em casos em que o agente não esteja em uma condição de superioridade à vítima, estão excluídos deste tipo penal – ou de qualquer outro previsto no código penal.

Diante da ausência de criminalização da conduta de assédio fora do ambiente de trabalho, este artigo propõe uma reflexão sobre as formas de criminalização previstas para condutas semelhantes, como o crime de importunação sexual, o estupro, bem como outras temáticas que envolvem a necessidade de proteção da dignidade da vítima, especialmente quando essa for mulher.



Inicia-se o primeiro capítulo deste trabalho com a apresentação de um estudo sobre os tipos de assédio sofridos especialmente pelas mulheres, dentro e fora do ambiente de trabalho, bem como as consequências psicológicas e danosas que este tipo de conduta gera na vítima. Apresenta-se, também, um recente e divulgado caso concreto de assédio sofrido por uma adolescente, praticado pelo motorista de aplicativo durante uma viagem de carro, e qual a solução trazida pelo direito penal atual para a conduta praticada.

Segue-se, no segundo capítulo, com uma reflexão acerca dos bens jurídicos envolvidos na conduta de assédio diante da ausência de um tipo penal específico, e argumenta-se pela necessidade de intervenção do Direito penal para a tutela desses direitos, compatibilizando-se com a demanda da sociedade para a proteção dos direitos das mulheres, que se iniciou com a Lei Maria da Penha, com o crime de feminicídio e, por último, com a criação do tipo penal de importunação sexual.

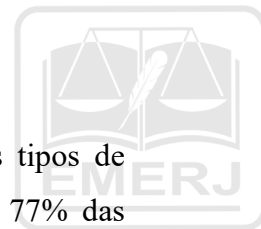
O terceiro capítulo traz um estudo acerca dos tipos penais existentes no ordenamento jurídico, tanto em relação aos crimes quanto às contravenções penais, apresentando as semelhanças e divergências entre os artigos. Por fim, propõe como solução à temática apresentada, a ampliação do tipo penal previsto no art. 216-A, retirando-se a restrição prevista para o agente, para que o tipo seja capaz de punir não apenas as condutas realizadas no ambiente de trabalho, como também às demais, protegendo de forma adequada os bens jurídicos de dignidade de liberdade da vítima.

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, que engloba dados recolhidos e conteúdos debatidos, promovendo uma reflexão e conexão com os temas trazidos para sustentar a sua tese.

## 1. O ASSÉDIO SEXUAL EM NÚMEROS E OS TIPOS PENAIS EXISTENTES

Muitas mulheres enfrentam diariamente diferentes casos de assédio nas ruas, em locais públicos, privados, no trabalho, nas escolas e até dentro da própria casa. Com base em pesquisas, mais de 80% das mulheres de diferentes faixas etárias já sofreram algum tipo de assédio, principalmente em locais públicos. Uma produção realizada pelos alunos do curso de



Audiovisual da ESPM-SP, sob a direção da professora Heidy Vargas, retrata os tipos de assédios mais cometidos na rotina das mulheres no Brasil. Segundo a pesquisa, 77% das mulheres sentiram-se constrangidas por meio de assobios, 57% foram vítimas de comentários de cunho sexual, 47% incomodaram-se com olhares insistentes, 44% foram vítimas de toques indesejados e 39% de xingamentos, o que faz com que a Organização Mundial de Saúde (OMS) ainda considera a violência contra a mulher um grave problema de saúde pública, que atinge mulheres de todas as classes sociais.<sup>1</sup>

Em fevereiro de 2020, um caso ocorrido no Rio Grande do Sul foi noticiado com certa notoriedade: durante à tarde, uma adolescente de dezessete anos contratou um carro particular pelo aplicativo para levá-la até a casa de uma amiga. No trajeto, o motorista fez insinuações sexuais à adolescente e, mesmo informando ao motorista que era menor de idade, este continuou com o assédio, alegando que não se importava com a diferença de idade ou com o fato de ter a idade aproximada à do pai da vítima. Segundo frases do motorista, ele “faria coisas [com a adolescente] que o seu pai não faria”.<sup>2</sup> A vítima gravou o ocorrido pelo seu celular e o fato chegou até a polícia civil de Viamão, região metropolitana de Porto Alegre, que está investigando o caso.

No Estado do Rio de Janeiro, segundo um levantamento do Tribunal de Justiça feito em 2019, dos noventa e dois municípios do estado, apenas doze têm delegacia da mulher: o equivalente a 13% das cidades. Somente no município de Nova Iguaçu, segunda área com mais casos de violência contra a mulher no estado, em 2018, foram registradas mais de 3,6 mil ocorrências, que variam entre importunações ofensivas ao pudor, perturbações da tranquilidade, injúrias e atos obscenos – crimes e contravenções penais nos quais se podem enquadrar os agentes que fazem abordagens ofensivas a mulheres na rua.<sup>3</sup>

Por fim, de acordo com o Ministério dos Direitos Humanos (MDH), que administra a Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência, por meio de um levantamento realizado pelo Datafolha e divulgado no dia 26 de fevereiro de 2019, 16 milhões de mulheres, isto é, cerca de 30% das brasileiras, sofreram algum tipo de violência no último ano. Outras 22

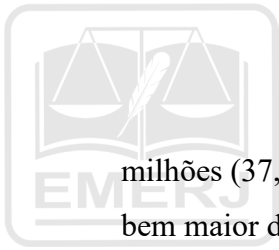
---

<sup>1</sup> G1. *As grades do assédio*. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/especial-publicitario/unimed-centro-oeste-paulista/noticia/2019/03/07/as-grades-do-assedio.ghtml> Acesso em: 12 mai.2020.

<sup>2</sup> O TEMPO. *Polícia investiga motorista que fez insinuação sexual a menor de idade*. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/brasil/policia-investiga-motorista-que-fez-insinuacao-sexual-a-menor-de-idade-> Acesso em: 12 mai.2020.

<sup>3</sup> G1. *No RJ, vítima de violência doméstica percorre 20km até delegacia da mulher*. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/no-rj-vitima-de-violencia-domestica-percorre-20km-ate-delegacia-da-mulher/> Acesso em: 12 mai.2020.





milhões (37,1%) sofreram assédio sexual, dentro e fora do ambiente de trabalho. O resultado é bem maior do que o registrado (12 mil) em 2006, primeiro ano de funcionamento da Central.

Sentir-se assediado ou importunado sexualmente é uma questão complexa e, sobretudo, subjetiva. As ações podem ser por meio de ameaças extremas, ejaculações e toques indesejados, até comentários degradantes e expressões de baixo calão. Tais condutas tiram das mulheres, maiores vítimas desses constrangimentos e violações, alguns de seus direitos mais básicos e importantes expressos na Constituição da República, como os direitos fundamentais de dignidade, liberdade e até de locomoção.

Para essas condutas, o ordenamento jurídico brasileiro prevê, no âmbito penal, algumas infrações penais que podem ser punidas com penas mais graves, como o crime de estupro, o crime de assédio sexual e, ainda, a recente novidade legislativa: o crime de importunação sexual.

O crime de estupro está previsto no art. 213 do Código Penal<sup>4</sup> e, segundo a redação dada pela Lei nº 12.015/2009, consiste em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Por outro lado, o crime de assédio sexual está previsto no art. 216-A do Código Penal<sup>5</sup> e se refere à conduta de constranger alguém com o intuito de levar vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua forma de superior hierárquico, ou ascendência, inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

A recente alteração legislativa está no crime de importunação sexual, conduta trazida pela Lei nº 13.718/18<sup>6</sup>, que alterou o código penal para tipificar, no art. 215-A, a conduta de praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a sua própria lasciva ou de terceiros.

No entanto, no que tange ao caso concreto relatado, isto é, o constrangimento sofrido pela adolescente durante a prestação do serviço de motorista particular contratado, nota-se que esta conduta não pode ser enquadrada em nenhum dos tipos penais expostos. Não há qualquer artigo do código penal que prevê como crime a conduta de constranger alguém com o intuito de levar vantagem ou favorecimento sexual, sem que seja realizado no ambiente de trabalho

---

<sup>4</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12 mai.2020.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei nº 13.718/18* de 24 de setembro de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm).: Acesso em: 12 mai.2020.



prevalecendo-se da condição de superior hierárquico, ou ainda sem que seja exigida a prática efetiva de ato libidinoso para que o constrangimento seja caracterizado.

A única forma prevista no ordenamento jurídico para punir penalmente o constrangimento oriundo de assédios sexuais realizados fora do ambiente de trabalho está previsto no art. 65 da Lei de contravenções penais (Decreto-Lei nº 3.688/41<sup>7</sup>) que consiste na conduta de perturbar a tranquilidade por acinte ou motivo reprovável, prevista com a pena branda de quinze dias a dois meses de prisão simples ou multa.

Trata-se, portanto, de uma conduta carente de tipificação adequada diante da necessidade de proteção de bens jurídicos tão importantes e constantemente ameaçados, como a liberdade da vítima e a sua própria dignidade, que é violada diante do constrangimento gerado pelo assediador.

## 2. A NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL E DA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS ENVOLVIDOS NO CRIME DE ASSÉDIO

Refletir acerca da necessidade de tipificação da conduta de assédio sexual requer relembrar que o direito de proteção à qualquer tipo de violência praticada mulheres teve como grande marco inicial a Lei Maria da Pena (Lei nº 11.340)<sup>8</sup>, promulgada apenas em agosto 2006, completando, em 2020, o seu 14º ano.

A Lei Maria da Penha faz menção à Maria da Penha Maia, uma mulher que sofria, por anos, constantes agressões de seu até então marido e que, após sofrer uma tentativa de duplo homicídio por meio de um tiro em suas costas enquanto dormia, tornou-se paraplégica, além de sofrer outras complicações físicas e traumas psicológicos. O primeiro julgamento do agressor somente aconteceu em 1991, oito anos após o crime e, mesmo condenado a quinze anos de prisão, que foram reformados para dez anos em um segundo julgamento, o agressor permaneceu em liberdade, e a sentença não foi devidamente cumprida.<sup>9</sup>

Foi em 1998 que o caso ganhou notoriedade internacional quando o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) denunciaram o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA).

<sup>7</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3688/41* de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm). Acesso em: 12 mai.2020.

<sup>8</sup> BRASIL. *Lei nº 11.340/2006* de 7 de agosto de 2006. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm). Acesso em: 12 mai.2020.

<sup>9</sup> PENHA, Maria da. *Sobrevivi... posso contar*. 2. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012. p. 10-220.



Somente em 2001, após receber quatro ofícios da CIDH/OEA (1998 a 2001) – silenciando diante das denúncias – o Estado brasileiro foi responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres brasileiras, sendo condenado a propor uma série de medidas e reparações para a proteção desses direitos.<sup>10</sup>

Após muitos debates com o Legislativo, o Executivo e a Sociedade Civil, o Projeto de Lei nº 4.559/2004 da Câmara dos Deputados chegou ao Senado Federal (Projeto de Lei de Câmara n. 37/2006), foi aprovado por unanimidade em ambas as Casas e sancionado pelo presidente Luís Inácio Lula da Silva, tornando-se a Lei nº 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha, assim batizada como um reconhecimento do governo federal de sua luta contra as violações dos direitos humanos das mulheres.

Dessa forma, embora existisse previsão legal para os crimes de homicídio e agressão praticados pelo agente, ficou evidente que era preciso tratar o caso Maria da Penha como uma violência contra a mulher em razão do seu gênero. Isso porque, é importante ressaltar que o fato de ser mulher reforça, não só o padrão recorrente desse tipo de violência, mas também acentua a impunidade dos agressores.

Sob essa mesma perspectiva, quase dez anos após a Lei Maria da Penha, foi criado, em 2015, o tipo penal do feminicídio, incluído no §2º, inciso VI, do art. 121 do Código Penal<sup>11</sup>. Tal inovação legislativa veio para atender, não apenas os anseios sociais, como também recomendações internacionais da Comissão sobre a Situação da Mulher (CSW) da ONU para que os Estados reforçassem a legislação nacional para punir assassinatos violentos de mulheres e meninas em razão do gênero e, ainda, para dar cumprimento à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Nesses termos, foi criada a Lei nº 13.104/2015<sup>12</sup> que traz como homicídio qualificado – e, portanto, hediondo – aquele praticado contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino, que pode se dar, tanto no âmbito da violência doméstica familiar, como em razão do menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (art. 121, §2º-A do Código Penal<sup>13</sup>).

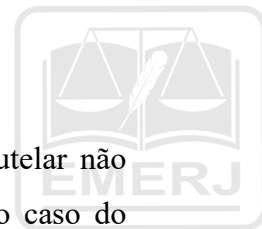
---

<sup>10</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório nº. 54/01, Caso 12.051*, Maria da Penha Maia Fernandes, 4 abr. 2001, Brasil. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299\\_Relat%20n.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf). Acesso em: 27 set. 2018.

<sup>11</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12 mai.2020.

<sup>12</sup>BRASIL. *Lei nº 13.104/2015* de 9 de março de 2015. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm). Acesso em: 12 mai. 2020.

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



Nota-se, assim, que a qualificadora subjetiva do feminicídio veio para tutelar não apenas o crime de homicídio praticado contra toda e qualquer mulher, como é o caso do femicídio, mas sim àqueles praticados em razão da sua condição.

Portanto, embora antes das alterações legislativas trazidas pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006<sup>14</sup>) e pela lei que instituiu o Feminicídio (Lei nº 13.104/2018), o Código Penal previa tipos penais que poderiam se encaixar às condutas inovadas. No entanto, as referidas alterações foram além no tocante à proteção dos bens jurídicos envolvidos. Isso porque, o legislador reconheceu, em ambos os casos, as peculiaridades que envolvem os crimes praticados contra a mulher, seguindo a tendência internacional no que se refere à proteção desses direitos.

Sob essa perspectiva, também pode ser citado o crime de importunação sexual. Sob aclamação de profissionais do sistema jurídico e de grupos de defesa dos direitos das mulheres, foi sancionada pela Presidência de República a Lei nº 13.718/18<sup>15</sup> que criminaliza os atos de importunação sexual e divulgação de cenas de estupro, nudez, sexo e pornografia.

A lei prevê a pena para de prisão para as duas condutas criminosas, que pode variar entre um à cinco anos, além de trazer a alteração na natureza da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos crimes sexuais contra vulnerável, que passa a ser ação penal pública incondicionada, isto é, que pode ser iniciada pelo Ministério Público, independentemente de representação da vítima.

O crime de importunação sexual descrito no artigo 215-A do Código Penal<sup>16</sup> caracteriza-se pela realização de ato libidinoso na presença de alguém de forma não consensual, com o objetivo de “satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”. Em apertada síntese, pode se estabelecer que ato libidinoso deve ser aquele capaz de saciar a lascívia, isto é, saciar o desejo sexual do indivíduo por meio do ato praticado.

O crime de importunação sexual tem como bem jurídico protegido, conforme o capítulo que foi inserido, a liberdade sexual da vítima, que pode ser entendido como o seu direito de escolher quando, como e com quem praticar e receber atos de cunho sexual. Trata-se de crime comum que pode ser praticado por qualquer pessoa, seja do mesmo gênero ou não. No tocante à competência, a vara criminal comum tem competência para processar e julgar os

<sup>14</sup> BRASIL. *Lei nº 11.340/2006* de 7 de agosto de 2006. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 12 mai.2020.

<sup>15</sup> BRASIL. *Lei nº 13.718/18* de 24 de setembro de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm). Acesso em: 12 mai.2020.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 11.



casos, salvo os episódios de violência doméstica e familiar contra mulher que, por ser especial, atrai a competência do referido crime.

De forma semelhante ao objeto do presente estudo, o crime de importunação sexual, antes da promulgação da Lei nº 13.718/2018, era considerado contravenção penal expressa no art. 61 da Lei das Contravenções Penais (Decreto Lei nº 3.688/41<sup>17</sup>), que previa a conduta de “importunação ofensiva ao pudor”. Tal norma trazia a previsão apenas de pena de multa – insuficiente e muito aquém diante do bem jurídico em questão.

De tal modo, é notório que as diferentes condutas que envolvem violência contra a mulher - sejam no ambiente doméstico, resultantes em violência psicológica ou decorrentes de ato atentatório à sua dignidade ou vida – já estavam previstas no ordenamento jurídico. Assim, indaga-se: se já havia previsão normativa para as referidas condutas por que – de forma acertada – esses tipos penais foram criados?

É certo que o direito penal é norteado por um princípio básico denominado Princípio da Legalidade, isto é, somente há crime se houver previsão legal expressa neste sentido. Desse princípio, decorrem uma série de outros princípios também importantes, como a necessidade de essa previsão legal seja por meio de lei em sentido formal (Princípio da Reserva Legal), seja anterior à conduta praticada (Princípio da Anterioridade) e que a pena prevista seja proporcional, vedando a penalidade excessiva, bem como a proteção ineficiente, contemplando o Princípio da Proporcionalidade.

Dentre esses Princípios norteadores do direito penal, está também o mais importante para o objeto do presente estudo: o Princípio da Intervenção Mínima, também chamado de Princípio da Necessidade do Direito Penal, em que a lei penal só é legítima quando for indispensável para a proteção de determinado bem jurídico. Assim, somente quando não é possível proteger o bem jurídico de forma efetiva com a tutela dos demais ramos do direito, o legislador deve se utilizar da tutela penal.

Esse princípio pode ser analisado tanto no plano abstrato, quando a fragmentariedade possui como destinatário o legislador, que irá fazer a análise da necessidade ao criar o crime e/ou cominar a pena; ou no plano concreto, quando a subsidiariedade é analisada pelo próprio aplicador do direito. Segundo esse Princípio, só deve ser utilizada a tutela penal em último caso, quando não há nenhum outro meio menos lesivo e eficaz para a proteção do bem jurídico, funcionando o direito penal como um “executor de reserva”, como uma “*ultima ratio*” ou “*extrema ratio*”.

---

<sup>17</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.688/41* de 3 de outubro de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm). Acesso em: 12 mai.2020.



No entanto, em que pese a possibilidade das violações aos bens jurídicos possam ser tuteladas por outros ramos do direito, como o Direito Civil, por exemplo, em uma eventual indenização por danos morais, sabe-se que esses não são meios eficientes de proteção e punição dessas condutas, que são capazes de ocasionar desconfortos e traumas psicológicos irreversíveis às vítimas de assédios. Trata-se de comportamentos que de certa forma são tolerados, por estarem estruturalmente enraizados na sociedade e, portanto, merecem a devida e efetiva tutela para a sua repressão.

Destarte, comprovado que o assédio é presente em diversos ambientes, laborais ou não, e que podem ocasionar desconfortos e traumas psicológicos irreversíveis, é necessário que o Estado, por meio do Poder Legislativo, proteja esses importantes direitos e bens jurídicos, como a liberdade sexual da vítima e, quiçá, o direito fundamental de locomoção sem ser importunada ou assediada. Ademais, somente o fato de ser mulher, independente do agressor ser ou não seu superior hierárquico, já reforça a sua impunidade, normalizando um padrão recorrente de violência que não deveria existir – muito menos não ser crime.

Isto posto, nota-se que embora o tipo penal previsto Código Penal que mais se assemelha ao presente caso seja o crime de assédio sexual, previsto no art. 216-A<sup>18</sup>, ele traz uma série de requisitos para que a conduta seja adequada ao tipo penal, impossibilitando a punição – em razão do princípio da taxatividade – de outras condutas que sequer são abraçadas por nenhum outro tipo previsto.

### 3. O CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL E A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO TIPO PENAL

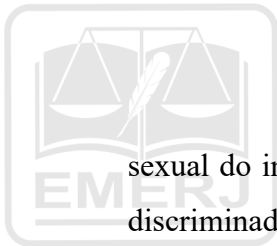
O crime de assédio sexual foi incluído no Código Penal pela Lei nº 10.224/2001<sup>19</sup>, como o art. 216-A que criminaliza a conduta de: “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.”.

Nota-se que o referido tipo penal traz três elementos em sua composição: (1) a conduta de constranger alguém; (2) com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual; (3) devendo o agente prevalecer-se da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Tutela-se, portanto, não apenas a liberdade

---

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

<sup>19</sup> BRASIL. *Lei nº 10.224/2001* de 15 de maio de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10224.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10224.htm). Acesso em: 12 mai.2020.



sexual do indivíduo, mas também a liberdade do exercício do trabalho e o direito de não ser discriminado.

Trata-se de crime próprio, que somente pode ser praticado por superior hierárquico ou ascendente em relação ao emprego, cargo ou função. Se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, irmão, tio cônjuge, companheiro, tutor ou curador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela, a pena é majorada de metade. Para evitar *bis in idem*, no assédio sexual, não se aplica o aumento se o agente é preceptor ou empregado da vítima, pois tais circunstâncias são elementares do tipo.

O sujeito passivo também é próprio, exigindo o tipo uma condição especial sua, qual seja, ser subalterno do autor. Logo, é indispensável que haja essa relação de emprego entre os sujeitos do crime, deixando o Código Penal de tutelar àquelas situações em que os sujeitos não fazem parte de uma relação laboral e, ainda assim, há assédio e constrangimento ilegal com o intuito de obter favorecimento sexual.

Embora a maioria dos casos de assédio sexual ocorra quando o agente é homem e a vítima mulher, o tipo penal, de forma acertada, não faz menção à condição especial de “mulher” para o sujeito passivo, admitindo assédio entre pessoas do mesmo sexo. É inegável que o padrão recorrente desse tipo de violência – seja ela em ambiente de trabalho ou não – ocorre em desfavor da mulher. No entanto, tendo em vista que o objeto do presente estudo é a ampliação do tipo penal para uma maior proteção dos direitos e liberdades da vítima, entende-se que restringir o sujeito passivo do crime à condição do sexo feminino seria deixar de proteger uma série de abusos que ocorrem em desfavor do sexo masculino, o que não parece lógico.

A ação típica do crime do art. 216-A do CP<sup>20</sup>, consiste no ato de constranger alguém com o intuito de obter vantagem sexual, prevalecendo-se o agente da condição de superior hierárquico em ambiente de trabalho. É, em síntese, de acordo com os ensinamentos de Rogério Sanches Cunha<sup>21</sup>, a insistência importuna de alguém em posição privilegiada, que usa dessa vantagem para obter favores sexuais de um subalterno. De forma mais ampliativa, Luiz Regis Prado<sup>22</sup> entende que:

Superior hierárquico, como elemento normativo do tipo, é condição que decorre de uma relação laboral, tanto no âmbito da Administração Pública como da iniciativa privada, em que determinado agente, por força normativa ou por contrato de trabalho, tem poder sobre o outro funcionário ou empregado, no sentido de dar ordens, fiscalizar, delegar, ou avocar atribuições, conceder privilégios (promoção, gratificação, etc) existindo uma carreira funcional, escalonada em graus.

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 11.

<sup>21</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial* (art. 121 ao 361). 11ed ver., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 516.

<sup>22</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial*. São Paulo: RT, 2003. p. 88.



Na ascendência, elemento normativo do tipo, não se exige uma carreira funcional mas apenas uma relação de domínio, de influência de respeito e até mesmo de temor reverencial, como por exemplo relação professor-aluno em sala de aula.

No entanto, embora Luiz Regis Prado traga uma maior proteção aos bens jurídicos envolvidos no crime em estudo, entende-se que interpretar o tipo penal de forma ampliativa para a relação entre professor-aluno seria, de maneira equivocada, fazer uma analogia em *mallam partem*, o que é vedado no direito penal – daí a necessidade de alterar o crime previsto no art. 216-A do CP, para incluir, dessa forma, situações como a prevista pelo autor.

Por outro lado, questiona-se: existe crime de assédio sexual se o empregador constrange seu subalterno para favorecer sexualmente outra pessoa? Na lição de Fernando Capez<sup>23</sup>, “a vantagem ou favorecimento sexual pode ser para o próprio agente ou para outrem, ainda que este desconheça esse propósito do agente. Caso o terceiro tenha ciência e queira a obtenção desses benefícios sexuais, haverá concurso de pessoas.”

Entende-se que o mesmo raciocínio deve ser aplicado para a alteração do tipo penal proposta neste artigo. Isso porque, o ato de constranger alguém com o intuito de favorecimento sexual é conduta capaz de repreensão penal, independentemente de quem à vantagem se destina. E, como explicado por Capez, havendo voluntariedade de terceiro, isto é, dolo, consistente na vontade consciente de obter favorecimento sexual por meio do constrangimento à vítima, ambos devem responder na forma do art. 62 do Código Penal<sup>24</sup>.

No tocante ao momento consumativo do delito, há alguns autores, como Rodolfo Pamplona Filho<sup>25</sup>, que entendem que o crime de assédio sexual é um crime habitual, isto é, sendo necessária para a sua configuração a prática de reiterados atos constrangedores, argumentando que um ato isolado geralmente não tem o condão de caracterizar o que ele chama de “doença social”.

No entanto, em que pese a existência de doutrina em sentido contrário, filia-se a corrente de Fernando Capez<sup>26</sup> e Mirabete<sup>27</sup>, que entende que o crime se perfaz com o constrangimento, ainda que representado por um só ato, independentemente da obtenção de vantagem sexual visada.

Destarte, a depender do posicionamento adotado, a tentativa poderá ou não ser admitida. Se apenas um ato de assédio for o bastante para configurar o crime, admite-se o

<sup>23</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V.2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 44-45.

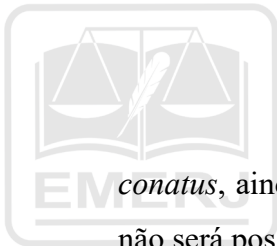
<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., nota 11.

<sup>25</sup> JESUS, Damásio de; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Assédio Sexual*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 120-122

<sup>26</sup> CAPEZ, op. cit., p 45.

<sup>27</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte especial*. V.2. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p 422.





*conatus*, ainda que difícil configuração. Por outro lado, considerando o delito como habitual, não será possível a tentativa.

A análise do crime do art. 216-A se conclui com a majorante prevista no parágrafo segundo. Buscando dar maior proteção à criança ou adolescente, a Lei nº 12.015/09<sup>28</sup> criou o parágrafo segundo que permite o juiz aumentar a pena de até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. Curioso ressaltar que, embora haja previsão de parágrafo único (que foi vetado), por equívoco do legislador, o tipo penal prevê o §2º, mesmo não havendo §1º.

Em relação à majorante, entende-se que ela é necessária e deve ser mantida quando da alteração ampliativa proposta. Apesar de haver crítica doutrinária a respeito do critério não rígido escolhido para o aumento, qual seja, de até um terço, acertado foi o legislador, filiando-se a corrente de Cunha<sup>29</sup> e Bittencourt<sup>30</sup>, que assim argumenta:

Quem não se pode esquecer que as mães majorantes e minorantes, como simples causas modificadoras de pena, somente estabelecem sua variação, sendo recomendável maior flexibilidade facilitando a melhor individualização da pena. Somos contrários ao engessamento do juiz, especialmente quanto à dosimetria penal, em que o jogador precisa de algum espaço para usar a sua sensibilidade a ajustar a pena abstrata no caso concreto.

Ante o exposto, feitas as considerações acerca do crime de assédio sexual previsto no art. 216-A do Código Penal, <sup>31</sup>conclui-se que a conduta de constrangimento ilegal para a obtenção de vantagem sexual, independentemente da relação de trabalho ou hierarquia, somente está prevista no ordenamento jurídico como contravenção penal, no art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41<sup>32</sup>.

A previsão normativa consiste na conduta de perturbar a tranquilidade por acinte ou motivo reprovável, prevista com a pena branda de quinze dias a dois meses de prisão simples ou multa. Nota-se, assim, que o ordenamento jurídico traz a tipificação de forma inadequada diante da necessidade de proteção de bens jurídicos tão importantes e constantemente ameaçados, como a liberdade da vítima e a sua própria dignidade, que, como dito, é violada diante do constrangimento gerado pelo assediador.

Tal conduta, conforme comprovado no presente estudo, embora esteja enraizada na cultura do país, merece ser reprovada de forma adequada, tenho em vista que pode gerar na

<sup>28</sup> BRASIL. *Lei nº 12.015/2009* de 7 de agosto de 2009. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm)>. Acesso em 12 mai.2020

<sup>29</sup> CUNHA, op. cit., p 519.

<sup>30</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. V.2. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78.

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 11.

<sup>32</sup> BRASIL, op. cit., nota 7.



vítima traumas psicológicos irreparáveis, que vão muito além da discriminação em ambiente de trabalho.

Dada a sua importância, a ampliação do tipo legal do art. 216-A para excluir a exigência da condição de superioridade hierárquica entre agressor e vítima é objeto do projeto de Lei nº 287/2018<sup>33</sup>, proposto pela senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB-AM), que até meados de 2020 aguardava designação do relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Caso aprovado, o projeto excluirá a condição de superior hierárquico para classificar o crime como assédio sexual, que passará a constar a seguinte redação:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual.

Pena: detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

Em sua justificativa, a senadora argumenta que não são apenas os superiores hierárquicos que se sentem com poder sobre as mulheres. “O ato, em si, é violento, ainda que se limite a uma importunação sem consequências mais graves, e a tipificação penal deve reprimir o agente e proteger a vítima, sejam eles chefe e subordinada, ou não”, pontua a senadora em sua justificativa<sup>34</sup>.

Isso posto, corroborando com os inúmeros casos de assédio trazidos no capítulo 1 do presente artigo, bem como entendendo pela necessidade de reprovabilidade da conduta de forma adequada, até para atender princípios basilares do Constituição da República, entende-se acertada a necessidade de alteração do art. 216-A com a exclusão da exigência da condição de superioridade hierárquica entre agressor e vítima, para ampliar a sua proteção e incluir outras condutas não previstas no tipo penal, até aquelas praticadas além do ambiente de trabalho.

<sup>33</sup> BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 287, de 2018*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133617>. Acesso em: 12 mai.2020.

<sup>34</sup> BRASIL. Senado Federal. *Projeto diminui exigências que caracterizam o assédio sexual*. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/29/projeto-diminui-exigencias-que-caracterizam-o-assedio-sexual>. Acesso em: 12 mai.2020.



O presente artigo constatou, como problemática basilar, a existência de diversos bens jurídicos essenciais que não são tutelados de forma efetiva pelo direito penal – e até pelo ordenamento jurídico como um todo – provenientes da conduta de assédio sexual.

Em um primeiro momento, comprovou-se o crescente número de violências praticadas contra a mulher, que variam entre importunações ofensivas ao pudor, perturbações da tranquilidade, injúrias e atos obscenos. Trata-se de condutas provenientes de abordagens ofensivas que tiram das mulheres, maiores vítimas desses constrangimentos e violações, alguns de seus direitos mais básicos e importantes, expressos na Constituição da República, como os direitos fundamentais de dignidade, liberdade e até de locomoção.

Assim, em um segundo momento, observou-se que para algumas dessas condutas o ordenamento jurídico brasileiro prevê, no âmbito penal, algumas infrações que podem ser punidas com penas mais graves, como o crime de estupro, a violência praticada contra a mulher no âmbito doméstico ou familiar tipificada em lei especial, a forma qualificada do crime de homicídio e ainda, a recente novidade legislativa, o crime de importunação sexual.

No entanto, no que tange ao assédio consistente na conduta de constranger a vítima com atos ou palavras com o intuito de obter favorecimento sexual, não há qualquer artigo do código penal que prevê o comportamento como crime. Há previsão legal apenas para casos em que a conduta é realizada no ambiente de trabalho, prevalecendo-se o agente da condição de superior hierárquico, ou ainda, para casos em que a prática de ato libidinoso é indispensável para que o constrangimento esteja caracterizado.

Portanto, observou-se que a única forma de punir penalmente o constrangimento oriundo de assédios sexuais realizados fora do ambiente de trabalho, está previsto no art. 65 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41) que consiste na conduta de perturbar a tranquilidade por acinte ou motivo reprovável, prevista com a pena branda de quinze dias a dois meses de prisão simples ou multa.

Tratar-se, portanto, de um comportamento carente de tipificação adequada diante da necessidade de proteção de bens jurídicos tão importantes e constantemente ameaçados, como a liberdade da vítima e a sua própria dignidade, que é violada diante do constrangimento gerado pelo assediador.

Para apresentar a solução ao problema, o artigo desenvolveu um estudo acerca dos principais tipos penais que conferem proteção a esses direitos e questionou o motivo pelo qual muitas dessas alterações legislativas, que representam avanços dos direitos protetivos à mulher,



trouxeram novos tipos penais, mesmo quando as condutas já encontravam previsão no ordenamento jurídico – como o crime de homicídio, por exemplo –, mas que demandaram um tipo penal específico ou uma forma qualificada – como o feminicídio – para incluir especificidade ao tratamento desses direitos.

Dessa forma, ficou evidente que embora o Direito Penal seja norteado pelos Princípio da Intervenção Mínima, isto é, só deve ser utilizar da tutela penal em último caso, quando não há nenhum outro meio menos lesivo e eficaz para a proteção do bem jurídico, o bens em questão não são tutelados de forma efetiva por nenhum outro ramo do direito. Isso porque, são comportamentos que por estarem estruturalmente enraizados na sociedade, de certa forma são equivocadamente tolerados, e, portanto, merecem a devida – e efetiva – tutela para a sua repressão. Ademais, constatou-se que somente o fato da vítima ser mulher, já reforça a impunidade dos agentes, normalizando um padrão recorrente de violência que não deveria existir ou quiçá não ser efetivamente tutelado pelo direito penal.

Concluiu-se, assim, pela necessidade de reprovabilidade da conduta de forma adequada, até para atender princípios basilares da Constituição da República, sendo proposta a alteração do art. 216-A do Código Penal, com a exclusão da exigência da condição de superioridade hierárquica entre agressor e vítima, para ampliar a sua proteção e incluir outras condutas não previstas no tipo penal, até aquelas praticadas além do ambiente de trabalho.

## REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. V.2. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 12 mai.2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 3688/41* de 3 de outubro de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm)> Acesso em: 12 mai.2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.224/2001* de 15 de maio de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10224.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10224.htm)> Acesso em: 12 mai.2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.340/2006* de 7 de agosto de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)> Acesso em: 12 mai.2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.015/2009* de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm)>>. Acesso em: 12 mai.2020.



\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.104/2015* de 9 de março de 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm)> Acesso 12 mai.2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.718/18* de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm)> Acesso em: 12 mai.2020.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei do Senado nº 287, de 2018*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133617>> Acesso em: 23 mar.2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto diminui exigências que caracterizam o assédio sexual*. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/29/projeto-diminui-exigencias-que-caracterizam-o-assedio-sexual>> Acesso em: 12 mai.2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório nº 54/01*, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, 4 abr. 2001, Brasil. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299\\_Relat%20n.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf). Acesso em: 27 set. 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V.2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial (art. 121 ao 361)*. 11 ed ver., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

G1. *No RJ, vítima de violência doméstica percorre 20km até delegacia da mulher*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/no-rj-vitima-de-violencia-domestica-percorre-20km-ate-delegacia-da-mulher/>> Acesso em: 12 mai.2020.

\_\_\_\_\_. *As grades do assédio*. Portal G1. Disponível em <<https://g1.globo.com/sp/baurumaria/especial-publicitario/unimed-centro-oeste-paulista/noticia/2019/03/07/as-grades-do-assedio.ghtml>> Acesso em: 12 mai.2020.

JESUS, Damásio de; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Assédio Sexual*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte especial*. V.2. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PENHA, Maria da. *Sobrevivi... posso contar*. 2.ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial*. São Paulo: RT, 2003.

O TEMPO. *Polícia investiga motorista que fez insinuação sexual a menor de idade*. Disponível em <<https://www.otempo.com.br/brasil/policia-investiga-motorista-que-fez-insinuacao-sexual-a-menor-de-idade-1.2299531>> Acesso em: 12 mai.2020.

## A NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Luiza Szczerbacki Castello Branco

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Administração Pública e Governo pela Fundação Getulio Vargas - EBAPE/FGV. Advogada.

**Resumo** – o presente trabalho tem o escopo de analisar as novas diretrizes interpretativas inseridas pela Lei nº 13.655/2018 à LINDB, com enfoque nos princípios da segurança jurídica e da eficiência na seara do Direito Administrativo. Acredita-se que o referido diploma legal busque resguardar a estabilidade das relações jurídicas; positivizar práticas consolidadas no âmbito da Administração Pública; criar um ambiente propício para o gestor público bem intencionado e que quer agir de maneira inovadora; implementar o pragmatismo jurídico no ordenamento; o que, sustenta-se, contribui para reforçar tanto a segurança jurídica como a eficiência no Direito Público brasileiro.

**Palavras-Chave** – Direito Administrativo. Lei nº 13.655/2018. Nova hermenêutica jurídica. LINDB. Princípio da segurança jurídica. Princípio da eficiência. Direito Público.

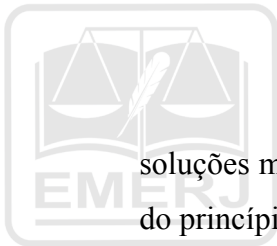
**Sumário** – Introdução. 1. O Princípio da Segurança Jurídica nas Relações com a Administração Pública. 2. As Novas Normas de Hermenêutica Jurídica Inseridas na LINDB. 3. Reforço dos Princípios da Segurança Jurídica e da Eficiência no Direito Público Brasileiro. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.655/2018 inseriu dez novos artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), contendo disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público, em especial na seara do Direito Administrativo. Como se sabe, este é um ramo do direito não codificado, com legislação sem uma reunião sistemática, orientado por normas plurissêmicas, impregnadas de conceitos jurídicos indeterminados e de forte conotação axiológica.

Nesse sentido, as novas normas de hermenêutica jurídica inseridas na LINDB buscam fixar critérios que deverão orientar a interpretação e aplicação das normas públicas, norteando tanto o exercício dos operadores do direito, como o proceder dos próprios gestores públicos. A novel legislação busca, assim, reforçar o princípio da segurança jurídica, trazendo mais previsibilidade e confiança no atuar da Administração Pública.

Desse modo, além de se resguardar a legítima expectativa dos administrados nas relações destes com a Administração, permite-se a adoção, pelos administradores estatais, de



soluções mais arrojadas e consentâneas com as necessidades da coletividade, sem se descuidar do princípio da legalidade, de forma a otimizar a gestão pública.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho discorrendo acerca do princípio da segurança jurídica nas relações com a Administração Pública, seu conteúdo, sua distinção em relação ao princípio da proteção à confiança, sua interface com as teorias da *prospective overruling* e do fato consumado, assim como seus institutos correlatos.

Segue-se, no segundo capítulo, após breve introito evolutivo da legislação, a análise das novas normas de hermenêutica jurídica inseridas na LINDB, em especial, seus fundamentos e objetivos, em cotejo com o Decreto nº 9.830/2019, cujo intuito foi o de regulamentar a aplicação desses novos dispositivos.

O terceiro capítulo debate, rechaçando algumas críticas dirigidas à novel legislação, se as novas diretrizes interpretativas auxiliam no atuar dos gestores públicos, em especial por meio da implementação do pragmatismo jurídico, de forma a reforçar os princípios da segurança jurídica e da eficiência no Direito Público nacional.

O trabalho é desenvolvido por meio de pesquisa jurídica com cunho qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa. Adicionalmente, é examinada a legislação correlata, assim como a jurisprudência superior sobre o tema.

## 1. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

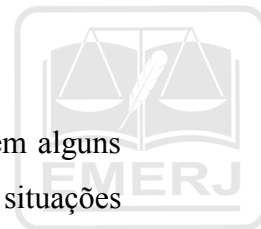
A segurança tem sentido equivalente ao de estabilidade, voltando-se à garantia da ordem, da paz social e da previsibilidade das atuações estatais, evitando mudanças abruptas e surpresas decorrentes de ações governamentais. Conforme ensinamento de Odete Medauar<sup>1</sup>, o *caput* do art. 5º da CRFB/88<sup>2</sup> menciona a garantia à segurança, que deve ser entendida não só no aspecto físico, mas também no aspecto jurídico.

Nesse sentido, o postulado da segurança jurídica foi expressamente inserido entre os princípios da Administração Pública pelo artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99<sup>3</sup>. O objetivo,

<sup>1</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 131.

<sup>2</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2019

<sup>3</sup>BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm)>. Acesso em: 01 set. 2019.



segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>4</sup>, foi, principalmente, combater a prática, em alguns órgãos administrativos, de mudar a orientação de determinações normativas, afetando situações reconhecidas e consolidadas, o que gerava insegurança aos administrados.

Em termos práticos, o principal emprego desse princípio no Direito Administrativo está na proibição de aplicação retroativa de novas interpretações de dispositivos legais e normas administrativas. Mas não só, Medauar<sup>5</sup> destaca ainda a proibição de anulação de atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos destinatários, após longo tempo; respeito aos direitos adquiridos; e preservação de efeitos de atos e medidas praticados por servidores de fato.

Deve-se salientar que o referido princípio comporta dois vetores básicos quanto às perspectivas do cidadão. De um lado, a perspectiva de certeza, que indica o conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas, e, de outro, a perspectiva de estabilidade, mediante a qual se difunde a ideia de consolidação das ações administrativas e se oferece a criação de novos mecanismos de defesa por parte do administrado.

Segundo o escólio de José dos Santos Carvalho Filho<sup>6</sup>, no direito comparado, especialmente no direito alemão, os estudiosos têm se dedicado à necessidade de estabilização de certas situações jurídicas, principalmente em virtude do transcurso do tempo e da boa-fé, distinguindo os princípios da segurança jurídica (*Rechtssicherheit*) e da proteção à confiança (*Vertrauensschutz*).

Pelo primeiro, confere-se relevo ao aspecto objetivo do conceito; pelo segundo, o realce incide sobre o aspecto subjetivo, e neste se sublinha o sentimento do indivíduo em relação a atos, inclusive e principalmente do Estado, dotados de presunção de legitimidade e com a aparência de legalidade. Esta distinção encontra lastro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup> (STF), que aponta ser a proteção à confiança a perspectiva subjetiva da segurança jurídica, fazendo ainda uma interface com a boa-fé.

É importante destacar que a possibilidade de mudança de orientação é inevitável, afinal, o Direito, assim como a sociedade, está em constante evolução e transformação, todavia, o que se busca resguardar são as situações reconhecidas e consolidadas na vigência da orientação anterior, evitando que o administrado seja surpreendido.

---

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 245/246.

<sup>5</sup> MEDAUAR, op. cit., p. 131.

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 123/126.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 740029 AgR*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo911.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2019.





Nesse contexto, o art. 54 da Lei nº 9.784/1999<sup>8</sup> determina que a Administração possui o prazo decadencial de cinco anos para anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé. A referida norma conjugou, assim, os aspectos de tempo e boa-fé, a fim de estabilizar as relações jurídicas.

Ainda no que concerne à alteração, mais especificamente a de precedentes, deve-se destacar a teoria do *prospective overruling*, originária do sistema do *common law*. Segundo esta teoria, as mudanças de orientação jurisprudencial nos tribunais deverão ter eficácia *ex nunc*, ou seja, prospectivas. Trata-se, na verdade, de uma imposição decorrente da segurança jurídica e da proteção à confiança.

Sobre o tema, Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>9</sup> leciona que o instituto do *prospective overruling* aplica-se ao Direito Administrativo quando houver alteração da orientação firmada em precedentes administrativos, hipótese em que o novo entendimento não poderá ser aplicado a casos pretéritos.

Com esse mesmo entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>10</sup>, para quem a invalidação de atos que sejam ampliativos da esfera jurídica do administrado deve ter, a fim de que sejam resguardadas a boa-fé e a segurança jurídica, efeitos *ex nunc*, ou seja, para o futuro.

A aplicabilidade da teoria do *prospective overruling* no Direito Administrativo coaduna-se ainda com a regra contida no art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei nº 9.784/99<sup>11</sup>, de acordo com a qual é vedada a aplicação retroativa de nova interpretação. Abordando a temática, a jurisprudência do STF<sup>12</sup> afirma que, ao lado do prestígio do precedente, também há o prestígio da segurança jurídica, de forma que a modificação do panorama jurídico não pode surpreender o jurisdicionado.

Frise-se, por oportuno, que essa limitação à liberdade estatal de alterar suas condutas, imposta pela segurança jurídica e pela proteção à confiança, representa uma restrição ao poder da autotutela, impedindo que a Administração anule ou revogue seus atos quando tais soluções desprestigiem tais princípios.

A autotutela, corolário do princípio da legalidade, consigna que a Administração, defrontando-se com erros, pode ela própria revê-los, de ofício, para restaurar a situação de

---

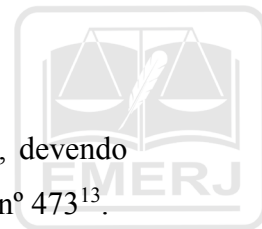
<sup>8</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 70.

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 470.

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Rescisória nº 2422*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4693004>>. Acesso em: 13 nov. 2019.



regularidade. No entanto, o referido poder encontra limites na segurança jurídica, devendo respeitar os direitos adquiridos, conforme entendimento do STF firmado na Súmula nº 473<sup>13</sup>.

No que toca à estabilização das relações jurídicas pela convalidação de atos administrativos inquinados de vício de legalidade, cabe ainda destacar a teoria do fato consumado. Segundo esta teoria, as situações jurídicas consolidadas pelo decurso do tempo, amparadas por decisão judicial, não devem ser desconstituídas, em razão do princípio da segurança jurídica. Na aplicação dessa teoria confere-se, portanto, prioridade à finalidade social do direito em detrimento da opção pela severa interpretação, tendo em conta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Desse modo, em certas ocasiões, melhor seria convalidar o fato do que o suprimir da ordem jurídica, hipótese em que o transtorno seria de tal modo expressivo que chegaria ao extremo de ofender o princípio da estabilidade das relações jurídicas. Nesse norte aponta a jurisprudência do Pretório Excelso<sup>14</sup>.

No campo do direito positivo, merecem citação ainda, o art. 27 da Lei nº 9.868/1999<sup>15</sup> e art. 11 da Lei nº 9.882/1999<sup>16</sup> - que tratam, respectivamente, da ADI/ADC e da ADPF -, nas quais o legislador admite expressamente que a decisão nas referidas ações possa ter eficácia tão somente após o trânsito em julgado, ou a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Por conseguinte, são mantidos os efeitos pretéritos da lei declarada inconstitucional e é resguardada a confiança depositada pelo indivíduo na lei editada pelos poderes políticos.

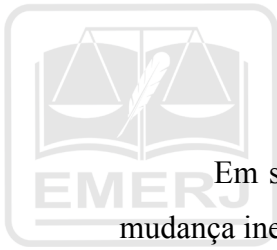
O desenvolvimento do princípio da segurança jurídica denota que a confiança e a estabilidade das relações dos administrados com o Poder Público traduzem um dos fatores mais relevantes de um regime democrático. Isso não significa que a interpretação da lei não possa mudar; ela frequentemente muda como decorrência e imposição da própria evolução do Direito e da sociedade. O que não é possível é fazê-la retroagir a casos já decididos com base em interpretação anterior, considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 473*: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 552.145 AgR*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm)>. Acesso em: 01 set. 2019.

<sup>15</sup> BRASIL. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2019

<sup>16</sup> BRASIL. *Lei nº 9.882*, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2019



Em suma, o que se pretende é que o cidadão não seja surpreendido ou agravado pela mudança inesperada de comportamento da Administração, sem o mínimo respeito às situações formadas e consolidadas no passado. Por isso a preocupação do Direito em garantir a segurança jurídica por meio de inúmeros institutos, tais como: a irretroatividade da lei, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, a prescrição, a decadência, a preclusão e a usucapião.

Como se percebe, o princípio da segurança jurídica é um dos principais postulados do nosso sistema jurídico, com assento dentre os direitos e garantias fundamentais, e da qual diversos outros princípios, teorias e institutos retiram seu fundamento, demonstrando ser um dos pilares do regime democrático brasileiro. Assim, nada mais coerente do que serem positivadas normas específicas para proteger e aprimorar esse princípio.

## 2. AS NOVAS NORMAS DE HERMENÊUTICA JURÍDICA INSERIDAS NA LINDB

O Decreto-lei nº 4.657/1942<sup>17</sup> é o diploma que atualmente se intitula Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Anteriormente, o referido diploma era denominado de Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), mas teve seu cognome alterado pela Lei nº 12.376/2010<sup>18</sup>, em virtude do caráter genérico de seu microsistema, aplicável a todos os ramos do Direito, e não apenas à lei civil. Daí ser considerada lei de sobredireito, lei da segurança jurídica ou lei sobre lei (*lex legum*), já que tem por finalidade regulamentar outras normas.

A Lei nº 13.655/2018<sup>19</sup> incluiu na LINDB os artigos 20 a 30 (lembrando que o artigo 25 foi vetado), retratando normas que dispõem sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. Cuidam-se, portanto, de normas que tratam de temas afetos ao Direito Administrativo, especificamente sobre controle estatal.

Tendo em vista que os novos artigos inseridos na LINDB são repletos de termos abstratos e indeterminados, foi editado o Decreto nº 9.830/2019<sup>20</sup>, com o fito de regulamentar a aplicação desses novos dispositivos. O objetivo foi reforçar a eficácia da lei de sobredireito, por meio da explanação de conceitos e detalhamento de procedimentos. Abaixo serão feitos breves comentários acerca dos novos artigos da LINDB.

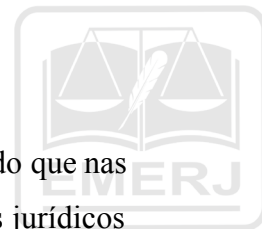
---

<sup>17</sup>BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 01 set. 2019.

<sup>18</sup>BRASIL. *Lei nº 12.376*, de 30 de dezembro de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2)>. Acesso em: 13 nov. 2019.

<sup>19</sup>BRASIL. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm)>. Acesso em: 01 set. 2019.

<sup>20</sup>BRASIL. *Decreto nº 9.830*, de 10 de junho de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm)>. Acesso em: 28 dez. 2019.



O art. 20 da LINDB procura reduzir a indeterminação das decisões, estipulando que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que se considerem as consequências práticas da decisão. Busca-se reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas com alta carga de abstração, as quais sabidamente, admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução.

É imperioso notar, contudo, que a norma não veda decisões fundadas em valores abstratos, afinal, os princípios, dotados de alta carga de abstração, são os cânones interpretativos do nosso ordenamento jurídico. O que se procura é uma concretização, ou seja, que sejam considerados argumentos metajurídicos no momento de decidir. O parágrafo único do referido artigo aduz ainda que a motivação será o elemento de comprovação da necessidade e da adequação da medida, em prestígio aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O preceito, conquanto relevante, não traz, a rigor, nenhuma novidade. Com efeito, a moderna interpretação das decisões administrativas já há muito considera fundamentais os elementos justificativos da conduta, com base no art. 93, IX, da CRFB/88<sup>21</sup>. No mesmo sentido, o art. 50 da Lei nº 9.784/1999<sup>22</sup>, que regula o processo administrativo na esfera federal e o art. 489, § 1º do CPC/2015<sup>23</sup>.

No art. 21 da LINDB o legislador trouxe as figuras do consequencialismo jurídico e da regularização de condutas. Nos termos do *caput* do referido artigo, as valorações de consequências, tanto jurídicas quanto administrativas, devem integrar os elementos constitutivos da fundamentação das decisões. Ressalte-se que as consequências indicadas devem ser certas ou ao menos prováveis, ou seja, não se trata de mero palpite ou futurologia, devendo tratar-se de decorrência lógica e empírica.

O parágrafo único desse mesmo art. 21 trata das condições de regularização das condutas invalidatórias, exigindo que ocorram de modo proporcional e equânime, sem prejuízo aos interesses gerais e sem impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, no caso, sejam anormais ou excessivos. Pretendeu o legislador impedir decisões irresponsáveis que desconsiderem situações já constituídas.

O art. 22 da LINDB traz um reforço do pragmatismo no Direito Público. Não se deve olvidar que em nosso regime federativo há expressiva heterogeneidade na administração dos

---

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>23</sup>BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 28 dez. 2019.



diversos entes da Federação. Destarte, essa diferença de realidades tem que ser considerada pelos órgãos de controle, que devem levar em conta as dificuldades práticas que os diferentes administradores enfrentam. Por esse motivo, o artigo recomenda que, para a interpretação de normas sobre gestão pública, deverão ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas de sua atribuição, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Incide, no caso, o primado da realidade<sup>24</sup>, que sugere, em alguns casos, a inaplicabilidade de parâmetros meramente teóricos, aproximando-se da doutrina Chevron, segundo a qual os tribunais devem ser deferentes às interpretações razoáveis realizadas pelos gestores. Exemplo prático citado pela doutrina<sup>25</sup> é o da condenação de pequenos Municípios a fornecer, a uma só pessoa, medicamento de custo elevadíssimo, cuja verba seria alocada para a assistência médica de toda a população local.

Quanto ao regime punitivo, diz o § 2º do artigo 22 que na aplicação de sanções serão consideradas a natureza e a gravidade da infração, os danos decorrentes, agravantes e atenuantes e antecedentes do agente, versando o seu § 3º sobre a dosimetria das sanções, alvitando impedir o *bis in idem*, vale dizer, a incidência de mais de uma punição pelo mesmo fato, ou uma punição mais gravosa do que aquela realmente adequada à infração.

Visando mitigar os problemas oriundos das mudanças de entendimento, o art. 23 da LINDB estabelece que a decisão que enunciar nova interpretação ou orientação a respeito de norma de conteúdo indeterminado, gerando a imposição de novos deveres ou condicionamentos de direitos, precisa prever regime de transição, se este for indispensável ao cumprimento proporcional, equânime e eficiente do dever ou do condicionamento, sem prejuízo aos interesses gerais.

A norma cria um regime de transição, a fim de que haja a oportunidade de adequação às mudanças, de acordo com parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, fazendo às vezes de uma modulação de efeitos, obstando a ocorrência de indesejável insegurança jurídica.

Diz o art. 24 da LINDB que, estando completa a produção de atos, contratos, normas e processos, nas esferas administrativa, controladora e judicial, a revisão deve sopesar as orientações gerais da época, a fim de evitar a declaração de invalidade de situações plenamente constituídas. O legislador aplica o princípio da irretroatividade das leis às hipóteses de mudança de orientação.

---

<sup>24</sup> MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público*. São Paulo: RT, 2019, p. 12.

<sup>25</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 1.732.



Mais uma vez o legislador procura fortalecer o princípio da segurança das relações jurídicas, com fulcro na racionalidade que deve estar presente em procedimentos de revisão de ato administrativo, tendo em vista que a invalidação do ato por mudança de entendimento não torna ilegal a situação constituída na vigência da orientação anterior.

No art. 26 da LINDB a lei trata da negociação com a Administração Pública, instituindo a figura do compromisso entre a autoridade administrativa e os interessados, com o objetivo de afastar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público, inclusive no caso de licença. É positivado o princípio da consensualidade na seara administrativa.

A celebração de termo de compromisso deverá, contudo, preencher as condições expressas no *caput* e os requisitos expressos no § 1º, I, III e IV do referido artigo. Frise-se por oportuno que o Decreto nº 9.830/2019<sup>26</sup> prevê, em seu artigo 11, um novo instrumento, qual seja, um termo de ajustamento de gestão, segundo o qual se o órgão de controle interno detectar que algum procedimento não está sendo feito de forma adequada, há a possibilidade de ser celebrado um termo de ajustamento para corrigir a falha ou aprimorar o procedimento.

Reza o art. 27 da LINDB que a decisão no processo, na via administrativa ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos, decorrentes do processo ou da conduta dos envolvidos. O dispositivo visa que as partes não auferam benefícios indevidos ou sofram prejuízos anormais ou injustos resultantes do próprio processo ou da conduta de qualquer dos envolvidos, estabelecendo uma espécie de indenização.

Além disso, devem ser consultadas as partes sobre o cabimento, a forma a ser adotada e, dependendo da hipótese, o valor (art. 27, § 1º). Por outro lado, é previsto um compromisso processual entre os interessados, entendido como um acordo firmado no curso do processo administrativo ou judicial, próprio da administração consensual (art. 27, § 2º).

Segundo o art. 28 da LINDB, o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas - cuja formalização ocorre por meio de pareceres - em caso de dolo ou erro grosseiro. O referido artigo busca dar a segurança necessária para que o agente público possa desempenhar suas funções, já que só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões em caso de dolo ou erro grosseiro, eliminando o nefasto crime de hermenêutica.

A norma apenas consolida, nesse aspecto, a jurisprudência dominante no STF sobre o tema, exarada no MS nº 24.631/DF<sup>27</sup>, no qual se estipulou a existência de três tipos de pareceres:

---

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 20.

<sup>27</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 24.631-6*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>>. Acesso em: 28 dez. 2019.



o facultativo, o obrigatório e o vinculante. No que concerne aos dois primeiros, o parecerista só poderia ser responsabilizado se ficasse configurada a existência de culpa ou erro grosseiro, enquanto, que no parecer vinculante haveria a responsabilidade solidária.

No que concerne a esse artigo em específico, ele deve ser lido em conjunto com o art. 12 do Decreto que regulamenta a LINDB, que em seus parágrafos traz importantes definições e orientações acerca de sua aplicação, dentre as quais, no § 1º, o conceito de erro grosseiro, afirmando ser aquele no qual o agente atuou com culpa grave.

O artigo 29 da LINDB estabelece que a edição de atos normativos por autoridade administrativa, à exceção dos atos de organização interna, poderá ser precedida de consulta pública visando à manifestação de interessados, de preferência por meio eletrônico. O referido artigo procura trazer transparência e previsibilidade à atividade normativa do Executivo, estabelecendo um diálogo com a sociedade, e concretizando o princípio da publicidade. Sem prejuízo, verifica-se que a realização da consulta pública é facultativa, já que a lei diz que a edição de atos poderá ser precedida da consulta.

Por fim, o artigo 30 da LINDB, reafirmando o escopo da nova legislação, comina às autoridades o dever de atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, socorrendo-se de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Tais instrumentos terão caráter vinculante relativamente ao órgão ou entidade a que se destinam, até que se proceda à revisão (art. 30, parágrafo único). Há assim uma incorporação à legislação dos institutos do *distinguishing* e do *overruling*.

O referido artigo relaciona, em caráter meramente exemplificativo, os instrumentos a serem utilizados pelo administrador, de forma a promover segurança e uniformidade na aplicação das normas, tornando-as acessíveis aos administrados. O caráter vinculante é corolário lógico das medidas de esclarecimentos, pois seria absolutamente ineficaz o propósito de oferecer segurança jurídica se referidas medidas não impusessem atividade vinculada ao administrador.

Dessa forma, a Lei nº 13.655/2018<sup>28</sup> veio para consolidar tendência já verificada há algum tempo, de que o controle dos atos administrativos não poderia se limitar à aplicação automática de sanções negativas, devendo buscar soluções mais seguras e eficientes.

---

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 19.

### 3. REFORÇO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA EFICIÊNCIA NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO

De logo, deve-se destacar que os artigos acrescentados à LINDB têm o objetivo de inserir disposições não apenas sobre segurança jurídica, mas também sobre eficiência na criação e na aplicação do Direito Público, conforme, aliás, expressamente declarado na ementa da Lei nº 13.655/18<sup>29</sup>.

A eficiência é princípio explícito que foi acrescentado ao *caput* do art. 37 da CRFB/88 pela EC nº 19/1998<sup>30</sup>, no âmbito da Reforma Administrativa do Estado. Tal princípio determina que a Administração Pública tem a obrigação de otimizar os recursos de pessoal e material de que dispõe, em razão da carência de seus recursos financeiros, para aplicá-lo equitativamente no atendimento das várias finalidades de interesse público. A eficiência<sup>31</sup> busca, em síntese, realizar algo da melhor maneira possível, ou seja, com menos desperdício – produtividade -, ou em menor tempo – economicidade -, reduzindo o gasto de dinheiro público.

Ocorre que no Direito Administrativo muitas vezes as previsões contidas nas normas não possuem maleabilidade suficiente para dar conta de todos os casos concretos com os quais o administrador público se depara em seu dia a dia, o que reverbera na concretização do princípio acima indicado. Explica-se: se o gestor cumprir cegamente o que disciplinado na letra da lei, deixará perecer alguma necessidade pública, contudo, se interpretá-la adequando-a aos seus fins sociais, sujeitar-se-á a sanções.

Nesse sentido, os princípios, por serem dotados de valor e maior carga de abstração do que as regras, tendem a se mostrar mais adequados para solucionar os novos problemas que surgem. Não por outro motivo, no Direito Público brasileiro, os princípios revestem-se de grande importância no que toca à interpretação, integração e aplicação da lei. O próprio legislador, a fim de evitar a obsolescência e o engessamento do Direito, tem, cada vez mais, recorrido a conceitos jurídicos indeterminados, dispositivos legais de caráter genérico e normas com textura e tipologia abertas.

---

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> BRASIL. *Emenda constitucional nº 19*, de 4 de junho de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2019.

<sup>31</sup> A eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. Aquela diz respeito ao alcance das metas previstas, enquanto esta última se refere aos resultados sociais alcançados.





Uma das críticas<sup>32</sup> à Lei nº 13.655/18<sup>33</sup> é exatamente essa, qual seja, a inserção de valores jurídicos abstratos no sistema ampliaria o subjetivismo das normas, alargando de forma negativa a discricionariedade deixada aos intérpretes e conseqüentemente, a insegurança jurídica. Ou seja, objetivando combater um ambiente de incertezas e imprevisibilidade, a nova lei traria, na verdade, mais insegurança, o que seria um contrassenso.

Tal argumento, entretanto, deve ser rechaçado. Os artigos acrescidos à LINDB que versam sobre segurança jurídica o fazem tendo em vista o seu aspecto objetivo, isto é, relacionam-se com a estabilidade das relações jurídicas. Com isso, buscam impedir a modificação de situações jurídicas já consolidadas no tempo, blindando-as de posteriores alterações de entendimento, de forma a resguardar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e a irretroatividade da lei, o que acaba por reforçar a segurança jurídica.

Ademais, tratando-se a LINDB de norma de hermenêutica jurídica, por óbvio, não se mostra razoável que ela tenha uma textura normativa fechada, pois limitaria o seu próprio desiderato. Neste cenário, o Decreto nº 9.830/2019<sup>34</sup>, aclara e regulamenta os ditos termos indeterminados contidos na lei, de forma que esta deve ser conformada com o referido decreto. Ressalte-se que as leis devem ser interpretadas de maneira sistemática e amparadas no restante do ordenamento jurídico, de modo que o significado da norma deve sempre ser extraído do conjunto normativo.

Por fim, segundo os defensores<sup>35</sup> da novel legislação, essa apenas sistematizou o que já vinha sendo adotado no cotidiano das esferas administrativa, controladora e judicial, o que reforça a segurança jurídica. Destarte, não houve qualquer inovação ou surpresa para os administrados ou agentes estatais, tendo sido apenas positivados parâmetros de interpretação e aplicação do Direito Público bastante consensuais, que, repise-se, na prática, já vinham sendo observados, porém de forma fragmentada e assistemática.

Nesse cenário, o pragmatismo surge como um método para orientar a tomada de decisão, não apenas dos órgãos julgadores, como também dos próprios gestores públicos, já que possui um viés realista, admitindo que nas hipóteses em que o direito é indeterminado, a sua interpretação, condicionada a uma análise empírica de suas eventuais conseqüências na prática,

---

<sup>32</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota Técnica Conjunta nº 1/2018*. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notastecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201\\_2018.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notastecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2019.

<sup>33</sup> BRASIL, op. cit., nota 19.

<sup>34</sup> BRASIL, op. cit., nota 20.

<sup>35</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017, *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

corresponda a uma escolha entre os diferentes sentidos possíveis, de forma a possibilitar a obtenção de resultados mais satisfatórios, úteis ou benéficos para a sociedade.

Desse modo, o pragmatismo jurídico, valendo-se da metodologia comparativo-consequencialista, impõe que sejam levados em consideração na tomada de decisões, os seus possíveis desdobramentos práticos e as suas consequências e aplicações de ordem concreta nos contextos social e econômico. Abre-se, assim, a possibilidade, principalmente para os gestores públicos, buscarem, em outras fontes do conhecimento, que não só o jurídico, os parâmetros e fundamentos para sua decisão.

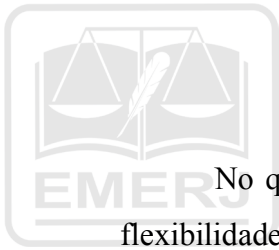
Ao se possibilitar aos administradores públicos certa tranquilidade no seu atuar, em especial quando requerem a prática de atos mais arrojados, melhora-se a qualidade decisória, já que esta passa a ser menos arraigada a meras subsunções normativas. Com isso, há o destravamento da máquina estatal, que passa a poder se utilizar de expedientes inovadores, mais consentâneos com a realidade econômica e social, reforçando a eficiência administrativa e conseqüentemente, trazendo maiores benefícios para a coletividade.

Em resumo, a nova legislação trouxe uma aproximação da teoria à realidade fática, abrindo uma gama de possibilidades aos gestores bem intencionados para solucionar os problemas com que rotineiramente se deparam, de forma que possam optar pela solução que melhor se adequa ao caso apresentado. E isso sem se descurar da segurança jurídica e de critérios minimamente objetivos, visto a necessidade de motivação concreta das decisões e a proibição de retroatividade de novas orientações para situações já consolidadas.

## CONCLUSÃO

Como visto, o presente artigo buscou analisar os novos artigos inseridos na LINDB pela Lei nº 13.655/18, enfocando os princípios da segurança jurídica e da eficiência no Direito Administrativo. Inicialmente foi analisado o princípio da segurança jurídica nas relações com a Administração Pública, postulado que se mostra como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, servindo de base para diversos institutos jurídicos, além de importante vetor interpretativo que conforma e inspira todo o ordenamento vigente.

Constatou-se que a segurança se mostra imprescindível tanto no que concerne à relação da Administração com os administrados, quanto no que toca ao atuar dos próprios gestores públicos. Em relação àquela, procura-se garantir a estabilidade das situações jurídicas já consolidadas, assim como a previsibilidade das ações e decisões futuras, de modo a fomentar a confiança dos particulares na Administração.



No que tange ao proceder dos administradores públicos, almeja-se que estes tenham flexibilidade para enfrentar os novos desafios com que se deparam, sem que sofram punições ao adotar expedientes inovadores. E isso pois os hodiernos problemas sociais e econômicos demandam políticas públicas e resoluções administrativas cada vez mais arrojadas, de forma que restringir a atuação do gestor estatal apenas ao que expressamente consignado em lei, conforme preconiza o princípio da legalidade, engessaria e tolheria o desempenho eficiente da Administração Pública.

Nesse contexto, a novel legislação trouxe vedações à alteração de situações jurídicas já perfectibilizadas; positivou práticas consensuais amplamente adotadas pela Administração; criou um ambiente propício para o gestor público bem intencionado e que quer agir de maneira inovadora; e implementou o pragmatismo jurídico no ordenamento pátrio. Quanto a este último, evidencia-se, ainda, uma condicionante para a força normativa dos princípios, isto é, tanto os efeitos das ações e decisões dos gestores da *res publica* devem ser valorados sob um viés prático, realista e objetivo, como os princípios somente podem ser utilizados para fundamentar uma decisão se forem consideradas as suas consequências práticas.

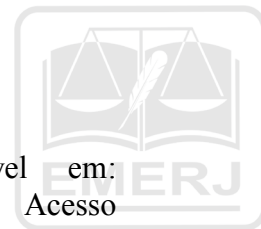
Em suma, o estudo desenvolvido neste trabalho permitiu concluir que a nova hermenêutica jurídica inserida na LINDB é positiva para o reforço da segurança jurídica e da eficiência na criação e na aplicação do Direito Público, contribuindo para aprimorar a gestão pública e a qualidade decisória nacional, de modo que se acredita, repercutam em melhorias para a sociedade.

Reconhecendo as limitações da presente pesquisa, tanto em relação ao tipo de estudo, quanto à abordagem teórica, desenvolve-se um assunto atual, amplamente debatido na seara acadêmica, contudo, sobre o qual a jurisprudência ainda não se manifestou. Sendo assim, propõe-se que pesquisas futuras abordem o posicionamento da jurisprudência em relação à lei em análise.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 01 set. 2019.



\_\_\_\_\_. *Decreto n° 9.830*, de 10 de junho de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm)>. Acesso em: 28 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Emenda constitucional n° 19*, de 4 de junho de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm)>. Acesso em: 01 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 9.882*, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 12.376*, de 30 de dezembro de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2)>. Acesso em: 13 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 28 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm)>. Acesso em: 01 set. 2019.

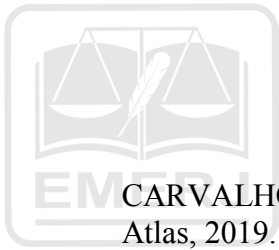
\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Rescisória n° 2422*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4693004>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MS n° 24.631-6*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 552.145 AgR*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm)>. Acesso em: 01 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 740.029 AgR*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo911.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 473*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>>. Acesso em: 13 nov. 2019.



CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro, Forense: 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017, *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte, Fórum: 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota Técnica Conjunta nº 1/2018*. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notastecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201\\_2018.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notastecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2019.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público*. São Paulo: RT, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO - RDA. *Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)*. Ed. Especial. Rio de Janeiro: FGV, nov. 2018.

## A POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DOS MECANISMOS DE EXECUÇÃO ATÍPICOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA PATRIMONIALIDADE DA EXECUÇÃO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Marcella Wang Dourado

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Advogada.

**Resumo** – O Judiciário brasileiro vem enfrentando dificuldades para efetivar as obrigações contidas em títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Diante desse contexto, o Código de Processo Civil de 2015 conferiu aos magistrados o poder de aplicar medidas executivas atípicas, inominadas, para melhor satisfação do direito dos credores. Ocorre, contudo, que a literalidade de tal cláusula é aberta e, se não for minuciosamente analisada, pode acarretar arbitrariedades. A essência do presente trabalho, portanto, é analisar os parâmetros objetivos estabelecidos pela doutrina e jurisprudência na aplicação de tais medidas, confrontando-os com alguns princípios constitucionais.

**Palavras-chave** – Direito Processual Civil. Medidas Executivas Atípicas. Princípio da patrimonialidade. Dignidade da Pessoa Humana. Proporcionalidade e efetividade.

**Sumário** – Introdução. 1. Abordagem acerca dos mecanismos de execução atípicos e confronto com o princípio da patrimonialidade da execução. 2. Confronto entre a aplicação das medidas atípicas e princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e efetividade. 3. Caráter coercitivo das medidas atípicas e consequente possibilidade de limitação em sua aplicação: análise de precedentes do C. STJ. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute, essencialmente, acerca da possibilidade de limitação dos mecanismos de execução atípicos no direito processual civil brasileiro. Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a discutir se a aplicação descomedida de tais mecanismos fere princípios da patrimonialidade da execução, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da efetividade.

Em linhas gerais, objetiva-se discutir a possibilidade de limitação do poder de aplicação de medidas executivas atípicas pelo juiz e, em sendo possível, até que ponto poderiam atingir, tendo em vista a coexistência de princípios constitucionais e legais aparentemente colidentes.

Com efeito, a Constituição de 1988 consagrou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que, desde então, confere aos cidadãos crescente acesso ao Poder Judiciário. Por conseguinte, o número de demandas judiciais sofreu exponencial aumento, assim como as execuções delas oriundas, consoante se atestará no curso da presente pesquisa.



Para tanto, a abordagem do objeto da pesquisa é qualitativa, já que esta pesquisadora pretende se valer da bibliografia atinente à temática do estudo, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa para sustentar sua tese.

## 1. ABORDAGEM ACERCA DOS MECANISMOS ATÍPICOS DE EXECUÇÃO E CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA PATIRMONIALIDADE

As medidas executivas se prestam à satisfação da execução forçada que, no Direito Processual Civil brasileiro, nada mais são do que a atividade jurisdicional destinada a transformar a realidade e, com isso, obter resultado prático equivalente ao que teria sido produzido caso tivesse ocorrido o cumprimento voluntário da obrigação por parte do devedor<sup>1</sup>.

Dessa forma, podem-se classificar as medidas executivas como sub-rogorárias - execução direta - ou como coercitivas - execução indireta. Aquelas substituem a vontade do devedor, tal qual ocorre com a busca e apreensão. Estas, por sua vez, se destinam a pressionar o devedor para que, ele próprio, constringido, realize a atividade destinada à produção do resultado, tal como ocorre quando decretada a prisão civil do devedor de alimentos.

Não se olvida que a legislação processual trouxe duas outras categorias: mandamentais e indutivas. Neste tocante, há divergência doutrinária se estas integrariam os meios coercitivos ou se seriam novas modalidades de medidas executivas: Alexandre Freitas Câmara,<sup>2</sup> Araken de Assis<sup>3</sup> e Marcos Minami<sup>4</sup>, juristas aos quais filia-se o presente estudo, entendem que tais categorias nada mais são do que subdivisões dos meios coercitivos.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> A rigor, mesmo na tutela específica, o resultado prático não é idêntico àquele que seria obtido com a satisfação voluntária da obrigação, tendo em vista que, no mínimo, o prazo para cumprimento da obrigação e o modo (voluntário, sem a necessidade de judicialização) já foram desrespeitados.

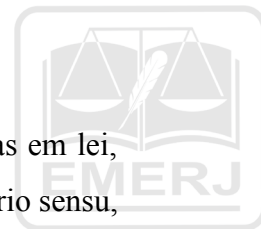
<sup>2</sup> TALAMINI, Eduardo et al. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 232.

<sup>3</sup> ASSIS, Akaren de, et al. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 129.

<sup>4</sup> MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019, p.150-153.

<sup>5</sup> Muito embora não seja objeto de estudo aprofundado desta pesquisa, é importante mencionar que, em conversa por e-mail, Felipe Barreto Marçal sustentou que as medidas indutivas atuam numa lógica jurídica diferente dos demais meios coercitivos. A seu ver, elas se subdividem em “*nudges*” e em “sanções positivas/premiais”: na primeira hipótese, o devedor se depara com algumas opções (de fazer ou de não fazer) criadas pela lei ou pelo juízo, para que, livremente, de forma mais ou menos inconsciente, o melhor resultado pretendido pelo juízo seja escolhido pelo devedor (*choice architecture*): THALER, Richard H. *Misbehaving: the making of behavioral economics*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company Inc., 2015. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. Yale University Press, 2008, passim. Por outro lado, as “sanções positivas/premiais” trazem a concessão de uma vantagem ao devedor por agir conforme o resultado pretendido pela lei ou pelo juízo (seja melhorando a situação atual, seja impedindo uma perda), de modo que se revela um estímulo positivo (há um benefício direto ou a redução de um custo de oportunidade que, na visão econômica, equipara-se a um ganho).

Ainda, o funcionamento dos meios coercitivos opera mediante “penalidades” infligidas ao devedor, que ocasionam uma piora no seu status quo, caso se quede inerte. Sobre a diferença entre “sanções negativas” (coercitivas) e



Existem, ainda, as medidas típicas, que são aquelas expressamente previstas em lei, como os atos de penhora e expropriação, bem como as medidas atípicas que, a contrário sensu, não foram textualmente determinadas pelo legislador.

As medidas atípicas já estavam presentes no artigo 461, §5º do CPC/73<sup>6</sup> e permitiam que o magistrado se valesse de uma “cláusula geral de atipicidade”<sup>7</sup> na busca da satisfação de execuções que não versassem sobre obrigações pecuniárias. O CPC/15, no artigo 139, IV,<sup>8</sup> nada mais fez do que alargar as hipóteses de cabimento das medidas executivas atípicas, permitindo sua incidência, também, às obrigações de cunho pecuniário.<sup>9-10</sup>

Nesse sentido, o que aqui se pretende discutir é a legitimidade da cláusula geral de atipicidade trazida com o advento do CPC/15, no que se refere às medidas coercitivas negativas. Para tanto, não há como se esquivar da, ainda que breve, análise de constitucionalidade do referido dispositivo. Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara<sup>11</sup>:

A legitimidade constitucional da cláusula geral de atipicidade (...) provém de sua compatibilidade com dois princípios constitucionais: o princípio da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV) e o princípio da eficiência (art. 37). Aliás, vale a pena recordar que ambos esses dispositivos constitucionais são reafirmados como normas fundamentais do processo civil, como se vê pelos arts. 3º e 8º do CPC de 2015.

Com efeito, a tutela jurisdicional efetiva impõe que, por meio do processo, se obtenha o resultado prático equivalente se a obrigação fosse voluntariamente cumprida. Já a eficiência

---

“sanções positivas” (premiais/indutivas), confira-se: BOBBIO, Norberto. *A análise funcional do direito: tendências e problemas*. In: \_\_\_\_\_. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p. 81-113.

<sup>6</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>7</sup> TALAMINI, op. cit., p. 234.

<sup>8</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>9</sup> Alguns doutrinadores como Alexandre Freitas Câmara, Marinoni, Mitidiero e Arenhart entendem que as medidas executivas atípicas só seriam cabíveis em execuções oriundas de títulos judiciais (cumprimento de sentença), pois, só nesta hipótese, há “ordem judicial” a ser cumprida. Segundo eles, a execução de título extrajudicial é guarnecida por um documento que, por força de lei, espelha obrigação exequível. Já Marcos Youji Minami entende que os meios executivos atípicos são aplicáveis, também, às execuções de título extrajudicial, pois não há qualquer razão para dar tratamento diferenciado, já que, em suma, o Judiciário não se sobrepõe ao Legislador (CÂMARA, MARINONI, MITIDIERO, ARENHART, MINAMI, op. cit., p. 243, 244). No mesmo sentido do último autor, o enunciado n. 12 do FPPC: “(art. 139, IV; art. 523; art. 536; art. 771) A aplicação das medidas atípicas subrogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, §1º, I e II. (Grupo: Execução)”. FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2019.

<sup>10</sup> A bem da verdade, este trabalho não pretende discutir se as medidas executivas atípicas são aplicáveis nos processos de cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial. Então, para fins didáticos, deve-se partir da premissa de que se está a abordar a possibilidade de limitação de medidas coercitivas atípicas no cumprimento de sentença de obrigações pecuniárias, já que, neste tocante, não há divergência.

<sup>11</sup> TALAMINI, op. cit., p. 234.





impõe que a tutela estatal seja prestada com a melhor qualidade, no menor tempo possível. E, então, prossegue Alexandre Freitas Câmara:<sup>12</sup>

[...] o emprego de meios executivos atípicos, autorizado pela cláusula geral encontrada no art. 139, IV do CPC, deve se dar em conformidade com a garantia do devido processo constitucional. Afinal, como afirma o texto constitucional, *ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens senão mediante o devido processo legal.*

A partir disso, compreendida a constitucionalidade da cláusula geral trazida pelo legislador processual, é imperioso afirmar que, muito embora não haja qualquer delimitação no texto legal, a atividade executiva atípica deve ser pautada em certos parâmetros, que foram, com razão, enumerados pelo enunciado n. 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).<sup>13</sup>

Inferre-se do aludido enunciado que as medidas atípicas devem ser subsidiárias, já que, segundo Marcos Minami<sup>14</sup> a “[...] especialidade dos procedimentos tipificados autoriza sua aplicação em primeiro plano. A especialidade é o critério para essa delimitação [...]”. Em outras palavras, a atipicidade não é, em regra<sup>15</sup>, automática, devendo a execução se submeter, primeiramente, aos meios típicos legais.

Outro requisito apontado é a fundamentação da decisão, na forma do art. 489, §1º do CPC.<sup>16</sup> O que se discute, neste ponto, é o modo em que a decisão será fundamentada: acertadamente, Dierle Nunes e Lênio Streck<sup>17</sup> sustentam que o julgador deve dialogar com a parte, para que não se torne o protagonista da atividade executiva.<sup>18</sup> Além disso, não deve agir de modo intuitivo, mas sim em consonância com as lições da doutrina e jurisprudência.

O último requisito diz respeito ao contraditório que, ainda que diferido, deve ser observado, corroborando com a ideia de participação das partes na fundamentação da decisão do Magistrado (arts. 9º e 10 do CPC<sup>19</sup>). Merece destaque, contudo, que o contraditório postecipado é excepcional e somente é admitido nas hipóteses do art. 9º, parágrafo único, do

<sup>12</sup> Ibid, p. 235.

<sup>13</sup> (art. 139, IV; art. 523; art. 536; art. 771) A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, §1º, I e II.”

<sup>14</sup> MINAMI, op. cit., p. 211.

<sup>15</sup> Excepcionalmente, os meios executivos atípicos podem ser aplicados imediatamente quando assim for convencionado pelas partes, em razão de negócio jurídico processual.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>17</sup> NUNES, STRECK apud MINAMI, op. cit., p. 217.

<sup>18</sup> Marcos Youji Minami sustenta que o Magistrado não está vinculado ao meio executivo requerido pela parte, mas sim à obrigação sobre a qual versa o título (Ibid, p. 220)

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.



CPC<sup>20</sup> e dos demais casos expressamente previstos (como do art. 854, § 3º, do CPC),<sup>21</sup> de modo que é necessária uma situação de urgência (na execução, é possível realizar medidas cautelares para evitar a infrutuosidade do processo, de acordo com o art. 9º, parágrafo único, I, do CPC).

Com base nas premissas constitucionais e nos requisitos trazidos pelos estudiosos do tema é que se confrontam as medidas executivas coercitivas negativas atípicas com a patrimonialidade da execução, insculpida no art. 391 do CC<sup>22</sup> e art. 789 do CPC<sup>23</sup> e lastreada no art. 5º, LIV da CRFB.<sup>24</sup> Por meio dela é que se pode sustentar que a execução - judicial ou extrajudicial - tem natureza eminentemente patrimonial, excepcionando-se, tão-somente, a prisão civil do devedor de alimentos, já que a prisão do depositário infiel foi extirpada do ordenamento jurídico brasileiro por força do Pacto de São José da Costa Rica - art. 5º, LXVII, CRFB.<sup>25-26</sup>

## 2. CONFRONTO ENTRE A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PROPORCIONALIDADE E EFETIVIDADE

O magistrado deve ter em mente que o processo executivo brasileiro carrega consigo “a pecha de ‘calcanhar de Aquiles’<sup>27</sup> do processo, ante a dificuldade de se trazer para o mundo dos fatos aquilo que foi determinado e reconhecido no mundo do direito”.<sup>28</sup> E, justamente em

---

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2019

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ilustrando o cenário acima, pode-se citar o exemplo de uma construtora imobiliária solvável que é condenada a demolir um muro que dividia duas propriedades. Intimada a cumprir a obrigação de fazer imposta, no prazo de quinze dias, ficou-se inerte e tampouco apresentou impugnação. Esquivou-se, de todas as maneiras, do adimplemento da obrigação. Diante disso, é possível que o magistrado determine o bloqueio online de determinada quantia que considere razoável e capaz de coagir o devedor a cumprir a obrigação ou, quiçá, determinar a proibição de contratação com terceiros até que se cumpra a obrigação.

Veja-se que tal bloqueio não se confunde com a aplicação de astreintes, mas sim um mecanismo de constrição patrimonial para coagir o devedor a cumprir a obrigação de fazer a que fora condenado. Uma vez adimplida voluntariamente a obrigação, o valor penhorado eletronicamente é liberado em favor da construtora ou se levantará a proibição de contratar.

Nota-se que a primeira medida atinge, exclusivamente, o patrimônio do devedor e tem o caráter coercitivo – e não punitivo – fazendo com que o devedor, a fim de evitar constrição patrimonial em valor razoável, porém relevante, cumpra a obrigação de fazer. E a melhor aplicação das medidas executivas atípicas deve assim caminhar, para evitar violação de direitos individuais pessoais e demais princípios constitucionais norteadores da execução.

<sup>27</sup> STRECK apud TALAMINI et al, op. cit., p. 372.

<sup>28</sup> ASSIS apud Ibid., p. 372.



razão deste cenário, é que se pôde calcar a mudança legislativa com a introdução das medidas atípicas no código de processo. No mesmo sentido, Alexandre Câmara sustenta:<sup>29</sup>

Assim como o poder geral de cautela é inerente à função jurisdicional, também o poder de efetivar as decisões é inerente a tal função estatal. O poder de executar é inerente ao próprio conceito de jurisdição, podendo o Juiz para tanto se valer de meios executivos típicos e atípicos, seja por que o legislador não pode prever todos os meios necessários a execução dos julgados, seja por que os meios típicos podem se revelar inadequados ou insuficientes.

Nesse sentido, a tutela jurisdicional efetiva é um direito fundamental conferido pela Constituição e, nesse tocante, andou bem o Código de Processo Civil ao estabelecer as medidas coercitivas atípicas. Uma legislação que se omite em prover ao exequente as técnicas necessárias e indispensáveis à efetivação de seu direito, revela, nada mais, nada menos, do que uma inconstitucionalidade por omissão.<sup>30</sup>

Dito isso, a grande controvérsia, contudo, é aferir se a aplicação das medidas atípicas pode alcançar seu objetivo principal, que é justamente de conferir maior efetividade à execução, de forma proporcional e atenta à dignidade da pessoa humana.

Conforme supracitado, não basta que o magistrado analise a efetividade da medida. É necessário observar as diretrizes estabelecidas por juristas e doutrinadores no enunciado n. 12 do FPPC, a fim de se evitar a aplicação irrestrita e descomedida do instituto.

Aliada a isso, uma interpretação à luz da Constituição e de seus princípios permite inferir que a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade também representam balizas a serem observadas pelo magistrado no momento de aplicação das aludidas medidas. Caso contrário, a decisão judicial se mostrará verdadeiramente arbitrária. Nesse sentido, Araken de Assis afirma:<sup>31</sup>

[. ] A fértil imaginação das pessoas investidas na função judicante exasperadas por execuções que não progridem, (...) concebeu as maiores arbitrariedades, visando compelir o executado a cumprir a obrigação ou o direito exequendo: (a) o recolhimento da carteira nacional de habilitação, (...); b) o recolhimento do passaporte, impedindo o executado de viajar para o exterior; ( ) d) o cancelamento do cartão de crédito (...) Falta pouco para ( . ): prender o executado, sob o fundamento que descumprimento de ordem judicial não é “prisão por dívidas”.

<sup>29</sup> CÂMARA apud Ibid., p. 378.

<sup>30</sup> Não se pode deixar de mencionar, contudo, que parcela da doutrina entende que o art. 139, IV do CPC, se interpretado como uma “carta branca” para o juiz, no sentido de lhe conferir poderes ilimitados, seria inconstitucional e teria o condão de violar direitos individuais dos executados, tais como os insculpidos nos arts. 1º, IV, 5º, XV e LIV, 37, I, 173, §3º, III e 175 da CRFB/88. É como compreendem Dierle Nunes e Lenio Streck, ao sustentarem que tal cláusula geral pode levar a decisões utilitaristas e superficiais no que tange aos comandos constitucionais (NUNES, Dierle; STRECK, Lenio Luiz. *Como interpretar o art. 139, IV do CPC? Carta branca para o arbítrio?* Conjur. Publicado em: 25 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 12 jan. 2020.)

<sup>31</sup> ASSIS, op.cit., p. 129-130.

Não se pode olvidar, também, o dever que a aplicação de medidas atípicas traz ao magistrado. A fundamentação de sua decisão deverá ser diferenciada, isto é, o “ônus argumentativo” (a rigor, um dever específico de fundamentação) imposto ao juiz será ainda mais requintado: Marcos Minami e Fredie Didier<sup>32</sup> sustentam que o objeto da execução deverá ser minuciosamente destacado, assim como o termo inicial, final e forma do meio atípico escolhido, sob pena de se produzir uma decisão nula e inefetiva.

Também é necessário que o caráter da medida seja essencialmente coercitivo e jamais punitivo. Noutras palavras, nas execuções que versarem sobre obrigação de pagar quantia, é indispensável a presença de indícios de que o executado tem recursos para efetuar o pagamento e, ainda assim, está a se esquivar do cumprimento da obrigação.<sup>33</sup> Isso sem esquecer que as execuções são regidas pelo princípio da patrimonialidade, como abordado em tópico anterior. Gabriela Macedo Ferreira exemplifica<sup>34</sup>:

[...] determinada pessoa jurídica é condenada a pagar quantia em dinheiro a um fornecedor pequeno, pessoa física, e não tem bens passíveis de execução registrados em seu nome, mas se vê em blogs e promovendo diversos eventos. Valendo-se do poder geral de efetivação, poderá o magistrado requerer que o devedor justifique tais sinais de riqueza. Mantendo-se o devedor inerte, caberá a aplicação da medida restritiva, se os demais requisitos foram preenchidos e a medida se mostrar adequada e eficaz ao caso.

Ademais, o juiz também deve ter em mente, diante do leque criativo de medidas atípicas, se aquela escolhida tem o condão de satisfazer a obrigação objeto da execução, avaliando a técnica mais adequada à luz do princípio da proporcionalidade. Caso contrário, a decisão incorrerá em *error in iudicando* e atingirá direitos individuais e pessoais, violando, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana.

Em outros termos: o juiz deve se perguntar se a medida é adequada para o fim que se destina (satisfação da obrigação); se ela é exigível, isto é, representa menor onerosidade ao devedor e serve, tão-somente, para tutela do direito executivo; e, por fim, se é proporcional em sentido estrito. Por esta, compreende-se a análise dos ônus e bônus da aplicação do meio atípico.

<sup>32</sup> MINAMI, Marcos Youji et al. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 5. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 66.

<sup>33</sup> É possível aplicar-se, por analogia, o enunciado n. 53 do FPPC: “(art. 396) Na ação de exibição não cabe a fixação nem a manutenção de multa quando a exibição for reconhecida como impossível.” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2019.).

<sup>34</sup> TALAMINI, op cit., p. 384.



Igualmente imperiosa a análise do caso concreto para verificar se a proporcionalidade será resguardada,<sup>35</sup> de modo que, quanto mais relevante o bem jurídico tutelado, maior poderá ser a gravidade da medida aplicada, desde que, obviamente, respeitada a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, pode-se citar caso julgado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento a recurso interposto pelo exequente que pleiteava a aplicação do bloqueio de cartões de crédito e de débito do devedor, sob o fundamento de que não pagou a dívida e com a simples presunção de ocultação de patrimônio. O principal fundamento foi, dentre outros, a desproporcionalidade da medida:<sup>36</sup>

[...] Ressalvados os casos de insolvência do devedor, a execução se realiza no interesse do credor (art. 797, CPC) em atenção ao princípio da efetividade, sem perder de vista, contudo, a regra da menor onerosidade (art. 805, CPC2), em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, esse poder-dever de efetivação não pode representar uma espécie de “salvo-conduto jurisdicional” para justificar medidas absurdas, arbitrárias e desproporcionais. O juiz deve ser criterioso e cauteloso na adoção de tais medidas e, ao fazê-lo, tem a obrigação de fundamentar sua decisão adequadamente.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, as medidas executivas atípicas compreendem o bloqueio de cartões de crédito, apreensão de passaporte e suspensão do direito de dirigir, mas sempre a partir das particularidades do caso concreto. Consequentemente, a regra do art. 139, IV do CPC deve ser interpretada a partir dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, analisando-se o comportamento do devedor em relação à execução, sempre conciliados o interesse do credor (efetividade) e o princípio da menor onerosidade (dignidade). Tais medidas somente se justificam quando houver indícios de ocultação de patrimônio expropriável do devedor, ou sinais ostensivos de riqueza, incompatíveis com a condição de insolvente.

Pois bem. Caberá ao magistrado analisar se, após o curso regular da execução e diante das peculiaridades do caso concreto, é legítima a aplicação das medidas executivas atípicas, tendo sempre em mente os requisitos mencionados.

Deverá, ainda, analisar, por exemplo, se é legítima a suspensão do direito de dirigir até que sejam adimplidas todas as infrações de trânsito pelo motorista inadimplente. Se é legítima a apreensão da CNH em virtude do não pagamento de uma dívida entabulada por uma pessoa física solvente. Se é crível que o passaporte seja apreendido, impedindo que sejam realizadas viagens internacionais, ainda que tenham sido fruto de uma benevolência de familiares.

<sup>35</sup> Por proporcionalidade, entende-se a vedação de proteção deficiente e de proteção excessiva (MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Brasileira de Direito Público*, Brasília, v. 1, nº 1, p. 91-103, jun. 2003).

<sup>36</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI nº 0026773-19.2019.8.19.0000*. Relator: Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2019.002.34947>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

### 3. CARÁTER COERCITIVO DAS MEDIDAS ATÍPICAS E CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO EM SUA APLICAÇÃO: ANÁLISE DE PRECEDENTES DO STJ.

Muito embora a legislação processual civil não tenha criado, expressamente, limites à atuação do magistrado quando da aplicação de medidas atípicas, é certo que o art. 139, IV do Código de Processo Civil não pode ser considerado uma carta branca para prática de arbitrariedades. E, exatamente nesse sentido, é que se desenvolveu a presente pesquisa: traçando-se as balizas necessárias à sua aplicação.

Nesse contexto, é imperioso destacar algumas situações em que a aplicação das medidas atende a todos os requisitos supracitados, além de outros cenários em que a violação de tais elementos é patente.

Em se tratando de execuções de pessoas jurídicas solváveis, isto é, que possuem patrimônio e, ainda assim, resistem em cumprir as obrigações a que foram condenados, o art. 139, IV, do CPC/15 se mostra de grande utilidade e eficácia para satisfação do crédito, ao contrário do que se tem observado de certas decisões judiciais,<sup>37</sup> que vêm aplicando o instituto contra pessoas físicas insolváveis. Esses, como o próprio nome já sugere, não possuem meios para cumprir as obrigações impostas com seus próprios bens, de modo que se torna inócua e desproporcional a aplicação de medidas atípicas de cunho pessoal.

Para ilustrar a conjuntura abordada, parafraseia-se um exemplo trazido por Alexandre Freitas Câmara<sup>38</sup>: uma instituição financeira é condenada a pagar R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) de reparação por dano moral a uma pessoa física, mas, uma vez instaurado o cumprimento de sentença, esquiva-se da obrigação. Sobre tal valor, diante da inércia, incidirão 10% de honorários advocatícios e 10% de multa, o que, nem de longe, a coagirá a satisfazer a execução.

É mais vantajoso economicamente deixar de pagar tal obrigação e aplicar o valor correspondente em carteiras de investimentos ou emprestá-lo a juros elevadíssimos, já que o montante final superará, e muito, o valor do crédito (basta lembrar que os juros de mora são de 1% ao mês, enquanto os juros bancários superam facilmente esse percentual). Pois, sendo assim, plenamente aplicável uma medida coercitiva atípica, como, por exemplo, a proibição de contratar com terceiros, que, em última análise, tem cunho patrimonial (impede que a atividade empresarial se desenvolva, atingindo o patrimônio do devedor).

<sup>37</sup> Tais decisões serão analisadas ainda neste capítulo.

<sup>38</sup> TALAMINI, op. cit., p. 237-238

O colendo Superior Tribunal de Justiça possui o mesmo entendimento acerca do tema e sustenta que as medidas atípicas só devem ser aplicadas quando o devedor demonstrar sinais de ocultação patrimonial, ou seja, for solvente e se furtar à satisfação da execução. O colendo tribunal também assevera que a decisão que as decreta deve ser devidamente fundamentada, o contraditório deve ser observado, assim como a proporcionalidade.<sup>39</sup>

Assim, eventuais decisões judiciais que determinem a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação de devedores, pessoas físicas, que não adimpliram as obrigações a que foram condenados por, simplesmente, não possuírem o patrimônio necessário para tal, sem prejuízo de sua própria subsistência, não estarão de acordo com a jurisprudência do tribunal superior.

Defende-se, nesses casos, a inconstitucionalidade da medida. Em primeiro lugar, se o devedor é insolvente, é sinal de que não possui patrimônio para cumprimento da obrigação – o que transforma o caráter da medida em meramente punitivo, em vez de coercitivo. Em segundo lugar, a medida será considerada inadequada, já que não servirá para concretizar o adimplemento da obrigação, violando, assim, a proporcionalidade.

A restrição de tal documento impede que o devedor, por exemplo, pegue o veículo automotor emprestado de um familiar para levar os parentes a um passeio pela cidade, o que, frise-se, representa medida desproporcional, inadequada e inefetiva, ante o inadimplemento de uma obrigação pecuniária, de fazer ou não-fazer.

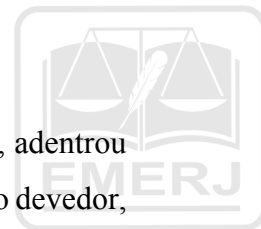
Também será considerada violadora do art. 789 do CPC, pois não atinge o patrimônio do devedor – por óbvio, inexistente. Limita-se a atingir garantia individual, representando verdadeiro castigo ao executado e, em última análise, transgride a dignidade da pessoa humana. Isso sem mencionar a inefetividade da medida.

Nessa esteira, o colendo Superior Tribunal de Justiça não analisou o mérito acerca da apreensão da carteira nacional de habilitação (CNH). Apenas sustentou que, caso tal medida seja adotada, a via processual do *habeas corpus* não é adequada para reverter a decisão, já que a apreensão desta não representa violação ao direito de ir e vir – o devedor poderia se movimentar a qualquer lugar, utilizando-se de outros meios de transporte<sup>40-41</sup>.

<sup>39</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1782418/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1817993&num\\_registro=201803135957&data=20190426&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1817993&num_registro=201803135957&data=20190426&formato=PDF)>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>40</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 97876/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719447&num\\_registro=201801040236&data=20180809&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719447&num_registro=201801040236&data=20180809&formato=PDF)>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>41</sup> De todo modo, a ausência de análise do mérito quanto à CNH não impede que seja aplicado o raciocínio do aludido Tribunal de que só podem ser determinadas medidas atípicas a devedores com sinais de ocultação patrimonial. Ressalte-se, ainda, que, ao ver desta pesquisadora e conforme já explanado neste artigo, a observância da solvência do devedor, da proporcionalidade e da efetividade não bastam. Também deve ser respeitado o princípio da patrimonialidade, razão pela qual a apreensão da CNH não seria meio executivo idôneo.



Já o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em algumas ocasiões, adentrou ao mérito da questão e afirmou ser desproporcional e inefetiva a apreensão da CNH do devedor, já que abjeta à satisfação do crédito. Na análise de um acórdão disponível no sítio eletrônico do Tribunal, verificou-se que o devedor era insolvente e o bem objeto da execução estava em seu poder, razão pela qual a medida seria desproporcional e inútil. Colaciona-se trecho da decisão:

Porém, a imposição de multa de 20% se mostra desarrazoada, mormente quando cabível a busca e apreensão do automóvel dado em garantia em alienação fiduciária ao agravado, é medida eficaz e célere, que atenderá o credor e passível de encerrar a lide. A satisfação do credor é a finalidade do processo executivo. [...]

Não se pode esquecer do dever de observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação do ordenamento jurídico:  
[...]

In casu, a execução é exclusivamente patrimonial. Assim, a suspensão da CNH da agravante não guarda relação com a satisfação do crédito do agravado, apresentando-se apenas como medida de restrição à liberdade pessoal e ao direito de locomoção, com finalidade exclusivamente punitiva, afastando-se do princípio da eficiência da prestação jurisdicional.<sup>42</sup>

O mesmo Tribunal Superior também analisou a medida atípica de apreensão de passaporte. Neste caso, entendeu ser cabível a via processual do *habeas corpus* para reversão da medida, já que tem o potencial de limitar o direito de ir e vir. Mas, de todo modo, também asseverou só ser possível a aplicação da medida para devedor solvente que se furta ao cumprimento da obrigação.<sup>43-44</sup>

Nota-se, portanto, que os casos supracitados são absolutamente distintos se comparados com o devedor de obrigação de fazer solvente, mas que, mesmo assim, resiste ao seu cumprimento. Nessas hipóteses, é autorizada a aplicação de medidas atípicas de cunho patrimonial, tendo em vista que manterão o caráter essencialmente coercitivo, ao passo que aquelas de cunho pessoal, ainda que para devedor insolvente, não serão adequadas e úteis para satisfação da obrigação perquirida<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI nº 0052322-31.2019.8.19.0000*. Relator: Nagib Slaibi Filho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BF58C6EEDD4ECA985F5E64DD435875CDC50B4B574C15&USER=>>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

<sup>43</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 97876/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719447&num\\_registro=201801040236&data=20180809&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719447&num_registro=201801040236&data=20180809&formato=PDF)>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>44</sup> Novamente se ressalva o entendimento do presente trabalho, de que a apreensão do passaporte, ainda que para devedor solvente é medida inidônea, já que não observa a patrimonialidade.

<sup>45</sup> Frise-se que não se está a legitimar a conduta do devedor solvente e que tenta, a todo custo, frustrar a execução. Ao contrário: busca-se efetivar tutela jurisdicional, mediante o uso de medidas atípicas de cunho patrimonial, para aqueles que possuem patrimônio e, ainda assim, resistem em cumprir as obrigações a que foram condenados.





A presente pesquisa constatou, essencialmente, a problemática de aplicação de medidas executivas atípicas coercitivas, ante a ausência de requisitos expressos a serem observados pelo magistrado no Código de Processo Civil.

De um lado, juristas defendem a aplicação irrestrita das medidas, sob o fundamento de que a tutela do direito executivo é garantia fundamental conferida pela Constituição. De outro, há quem entenda pela inaplicabilidade total das medidas, já que haveria uma carta branca conferida aos juízes na escolha dos meios coercitivos. Com isso, poder-se-ia gerar um estado de arbitrariedades e, quiçá, utilitarismo – o que, ao ver destes, violaria diversas cláusulas constitucionais.

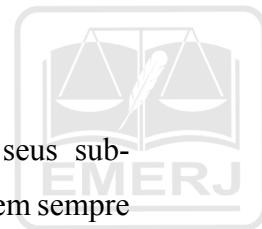
Contudo, há parcela temperada da doutrina, com a qual se filia o presente trabalho, de que é possível a aplicação de medidas executivas atípicas de natureza coercitiva, desde que observados e respeitados diversos balizadores, isto é, limites impostos pela própria redação da Constituição.

Fruto das reflexões que decorreram da presente pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que, na prática, o que se vê é a aplicação descomedida dos meios de execução, capazes de colidir, frontalmente, com a dignidade da pessoa humana, com a proporcionalidade, com a efetividade e com a patrimonialidade. São decisões que fogem do escopo principal do processo executivo, que é a satisfação do crédito, para assumir um caráter meramente punitivo, violador de direitos e garantias individuais e do próprio art. 139, IV do CPC, que prevê a aplicação de medidas *coercitivas*, e não sancionatórias.

O entendimento a que chegou este trabalho consubstancia-se na ideia de que as medidas executivas atípicas podem e devem ser aplicadas, mas não como uma carta branca para cometimento de arbítrios. De fato, a intenção principal do legislador foi dar maior efetividade ao processo executivo, mas isso não significa que o juiz poderá interpretá-las como uma tábula rasa. E, diante deste cenário, criou-se a problemática da possibilidade de limitação dos poderes do juiz, mormente quando a legislação processual não a fez textualmente.

O principal argumento defendido por esta pesquisa para a solução de questão foi a observância dos princípios insculpidos na Constituição, com base em uma interpretação sistemática, além do princípio da patrimonialidade que estabelece o art. 789 do CPC.

Também devem ser observados requisitos criados pela doutrina, juristas e aplicadores do direito, tal como o enunciado n. 12 do FPPC, que também aborda princípios constitucionais de indispensável observância. O contraditório, ainda que diferido, nas hipóteses de



cautelaridade, a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade – além de seus sub-princípios - e a efetividade, aliadas ao princípio da patrimonialidade da execução devem sempre nortear a atuação do juiz quando da aplicação dos meios atípicos.

E, mais ainda, a aplicação das medidas atípicas de cunho patrimonial deve ser largamente utilizada no caso de devedores solváveis que se furtam ao cumprimento das obrigações a que forem condenados, já que tal conduta é violadora da garantia constitucional da tutela executiva eficaz. Por outro lado, de nada adianta aplicar medidas atípicas a devedores insolváveis, isto é, que não possuem patrimônio para adimplir a obrigação estipulada. Nessa hipótese, a aplicação dos meios atípicos serviria apenas como meio punitivo e violador de garantias pessoais/individuais, tal como ocorre com a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação.

Pretendeu-se demonstrar, por essas razões, que a atuação dos magistrados deve ser voltada ao poder geral de efetividade – já que inerente à função jurisdicional - e, desde que observados os requisitos supracitados, especialmente em casos de difícil concretude por condutas fraudulentas de devedores, os meios atípicos podem ser utilizados. Noutras palavras, deve ser preocupação constante dos magistrados não apenas dizer o direito e formar o título executivo judicial, mas também conferir efetividade a tais títulos, bem como às execuções de natureza extrajudicial. Isso porque, conforme discorrido na presente pesquisa, a execução é o “calcanhar de Aquiles” do processo brasileiro.

E, para concretizar tal função jurisdicional, os meios executivos atípicos podem ser considerados ferramentas úteis, se não forem aplicadas de forma irrestrita e observarem as diretrizes e princípios constitucionais.

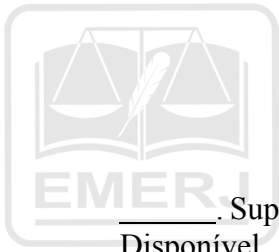
## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº. 5.869* de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº. 13.105* de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2019.



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1782418/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1817993&num\\_registro=201803135957&data=20190426&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1817993&num_registro=201803135957&data=20190426&formato=PDF)>. Acesso em: 12 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 97876/SP*. Relatora: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719447&num\\_registro=201801040236&data=20180809&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719447&num_registro=201801040236&data=20180809&formato=PDF)>. Acesso em: 12 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 97876/SP*. Relatora: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719447&num\\_registro=201801040236&data=20180809&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719447&num_registro=201801040236&data=20180809&formato=PDF)>. Acesso em: 12 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI nº 0052322-31.2019.8.19.0000*. Relator: Nagib Slaibi Filho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BF58C6EEDD4ECA985F5E64DD435875CDC50B4B574C15&USER=>>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI nº 0026773-19.2019.8.19.0000*. Relator: Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2019.002.34947>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2019.

MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019.

\_\_\_\_\_. *Novo CPC doutrina selecionada*. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Brasileira de Direito Público*, Brasília, v. 1, nº 1, p. 91-103, jun. 2003.

NUNES, Dierle; STRECK, Lênio Luiz. *Como interpretar o art. 139, IV do CPC? Carta branca para o arbítrio?* 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomuminterpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

TALAMINI, Eduardo et al. *Grandes temas do novo CPC – medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2018.

THALER, Richard H. *Misbehaving: the making of behavioral economics*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company Inc., 2015.



\_\_\_\_\_; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness.*  
*Yale University Press, New Haven, CT, 2008.*



## O USO MODERADO DOS MEIOS NECESSÁRIOS EM AÇÕES QUE ENVOLVAM ARMAS DE FOGO E INSTRUMENTOS PERFUROCORTANTES

Marcio Henrique D. Fortes

Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes (Centro). Advogado.

**Resumo** – a legítima defesa é instrumento conferido ao particular para que, diante de uma injusta agressão, possa atuar com o fim de salvaguardar a sua integridade física ou a de outrem quando o Estado, detentor do monopólio da violência, não é capaz garantir ao indivíduo a sua proteção. Para tanto, alguns requisitos devem ser preenchidos, como o uso moderado dos meios necessários. Ressalta-se, contudo, que o preenchimento desse requisito, quando se trata da alegação da excludente pelo agente que porta uma arma de fogo em face do agressor munido de uma faca, de acordo com o caso concreto, é quase impossível, em virtude de todas as circunstâncias que o rodeiam. Dentre as quais estão o mito do poder de parada que possui um projétil de arma de fogo e o resquício de oxigênio no corpo do agressor, que o possibilita, mesmo alvejado, a alcançar o seu desiderato. Destarte, torna-se viável a adoção do chamado protocolo de segurança pelo agredido, sem ter que se falar em excesso na causa excludente de ilicitude.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Legítima Defesa. Armas de fogo. Poder de Parada. Instrumento perfurocortante. Resposta não convencional.

**Sumário** – Introdução. 1. Aspectos iniciais da legítima defesa. 2. Legítima defesa do agente que porta arma de fogo em face da injusta agressão daquele que porta instrumento perfurocortante – um disparo como meio moderado para neutralizar o agressor. 3. Da distância de segurança e da resposta não convencional como meio de repelir a injusta agressão envolvendo instrumento perfurocortante. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A legítima defesa é instituto do direito penal que possibilita a qualquer indivíduo a exercer a sua autodefesa em momento que o Estado não se encontra presente, uma vez que é do ente o direito exercer a força.

No Brasil, principalmente no Rio de Janeiro, além dos crimes envolvendo armas de fogo, houve um aumento significativo de crimes com objetos perfurocortantes. Nesse sentido, a questão relevante a saber é até que momento o agente policial ou qualquer portador de arma de fogo estaria legitimado a alegar legítima defesa contra aquele que está em iminência de praticar a injusta agressão.

Ou seja, será que o agredido deve, somente, realizar um disparo para que o indivíduo cesse a agressão? Ou, deveria a vítima contar o número de disparos, ou disparar em área não letal (membros superiores e inferiores) daquele que porta um instrumento perfurocortante?

A resposta a tais indagações não é simples, pois em tais circunstâncias, as quais se desenvolvem em segundos, torna-se difícil a ponderação dos meios necessários, os quais são determinados no Código Penal Brasileiro.

A presente pesquisa científica traz, resumidamente, um estudo acerca da configuração da legítima defesa do agente que visa repelir uma injusta agressão daquele que porta um instrumento perfurocortante. Procura-se demonstrar para os diversos operadores do direito que nem sempre é fácil, muito menos matemático, o percurso dos requisitos da legítima defesa, em especial o requisito do uso moderado dos meios necessários, quando o agente armado com arma de fogo se defende de um agressor que porta um instrumento perfurocortante.

Para tanto, abordam-se as principais doutrinas e decisão judicial a respeito do tema de modo a tentar contribuir, levando a conhecimento dos técnicos do direito um assunto específico que pode ser uma linha limítrofe entre a condenação e a absolvição de um agente que somente tinha a intenção de adotar medidas de proteção para si ou para outrem.

Inicia-se, então, o primeiro capítulo do trabalho examinando, pontualmente, os requisitos da legítima defesa, que são: a agressão humana injusta; a agressão humana atual ou iminente; o uso dos meios necessários de forma moderada; a agressão dirigida a bem juridicamente protegido; o sujeito com a intenção de defender o bem jurídico e conheça a injustiça da agressão, os quais se encontram insculpidos no art. 25 do CP.

Segue-se, no segundo capítulo, com a verificação do *Stopping Power* ou poder de parada de uma arma de fogo de porte médio, isto é, excetuando-se as armas de calibres de alta velocidade, busca-se verificar, por meio da doutrina e da física, se o instrumento é capaz de neutralizar uma pessoa somente com um disparo e, por consequência, cessar a agressão atual.

O terceiro capítulo examinará a partir de que momento é possível a vítima começar a cogitar a legítima defesa, dentro do tema abordado, levando-se em conta diversos fatores, como a distância necessária daquele que porta um instrumento perfurocortante, a aceleração do agressor para atingir o seu alvo, o tempo de processamento das ações do agressor pelo agredido etc.

Busca-se, ainda, no terceiro capítulo, a possibilidade de utilização do protocolo de atuação do agente nas situações de conflito, levando-se em conta diversos aspectos que norteiam a situação do enfrentamento hostil.

É inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que lhe garanta sistematicidade e cientificidade, a fim



de garantir que a pesquisa desenvolvida traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica.

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

Para isso, 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. ASPECTOS INICIAIS DA LEGÍTIMA DEFESA

O Estado, conceituado como a institucionalização do Poder, detém o monopólio da força, dessa forma não é dado, em regra, ao particular o direito de resolver questões por meio da vingança ou, como popularmente se diz, por meio do chamado “olho por olho, dente por dente”. Entretanto, nem sempre o Estado estará ao lado do particular para que efetue a força e resolva o conflito existente, nascendo, excepcionalmente, para este, o direito de se autodefender e pacificar as relações em choque.

Nesse sentido, O Estado, conforme preceitua o art. 22 da CRFB/88<sup>1</sup>, por meio do Poder Legislativo, estabelece no Código Penal Brasileiro<sup>2</sup>, mais especificamente no seu art. 25, a concessão, de forma excepcional, da autoproteção ao particular, informando que: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

De forma instantânea, parece um conceito fácil de ser interpretado, ou seja, qualquer pessoa, ao ler dispositivo penal, verifica que é possível usar de força, até de forma letal, para proteger sua integridade física daquele que, porventura, imponha injusta agressão.

Contudo, como ensina o Fernando Galvão<sup>3</sup>, todos os requisitos impostos pela lei devem ser preenchidos para que seja possível afastar o crime com base na excludente ora estudada, são eles: a agressão humana deve ser injusta; a agressão humana deve ser atual ou

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 29 mai. 2020.

<sup>2</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm). Acesso em: 05 out. 2019.

<sup>3</sup> GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 10. ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2018, p. 444.

iminente; o uso dos meios necessários deve ser moderado; a agressão deve ser dirigida a bem juridicamente protegido; o sujeito deve ter a intenção de defender o bem jurídico e conheça a injustiça da agressão.

Entende-se como injusta agressão humana aquela que não tem permissão ou previsão no ordenamento jurídico brasileiro, ou melhor, como esclarece Galvão<sup>4</sup>, “por agressão deve-se entender toda lesão e ameaça a bens ou interesses juridicamente protegidos”. Dessa forma, se a agressão for justa — como na hipótese do estrito cumprimento do dever legal, em que um agente policial, munido de mandado judicial ou em flagrante delito, efetua prisão utilizando-se de força — não há como obter proteção do instituto em estudo.

Os meios necessários são aqueles que se encontram à disposição do agente, no momento de agressão, para o exercício da autodefesa ou defesa de outrem. Note-se que o recurso usado deve ser aquele que cause menor dano e que seja suficiente para cessar a injusta agressão. Greco<sup>5</sup> ensina que “[...] deverá sempre optar pelo meio menos gravoso, sob pena de considerarmos como desnecessários o meio por ele utilizado”.

Além da escolha dos meios necessários para repelir a injusta agressão, deve o agredido agir de forma que não incorra em excesso, ou seja, a ação, ao repelir a injusta agressão, deve se dar de forma moderada.

Assis Toledo<sup>6</sup> preceitua que:

[...] o requisito da moderação exige que aquele que se defende não permita que a sua reação cresça em intensidade além do razoavelmente exigido pelas circunstâncias para fazer cessar a agressão. Se, no primeiro golpe, o agredido prostra o agressor tornando-o inofensivo, não pode prosseguir na reação até mata-lo [...].

Dessa forma, é possível extrair das linhas desse grande jurista que os meios necessários, para repelir a injusta agressão, devem ser usados até cessar a agressão sofrida. No mais, incorrerá o agente em excesso.

Para que ocorra a aplicação do art. 25 do CP, a agressão deve ser dirigida a bem juridicamente protegido, como a vida, integridade física, patrimônio etc. Assim, estão descartados os bens que não recebem a tutela jurídica. O exemplo que a doutrina cita é a do traficante que pratica conduta lesiva contra outro traficante, que pretende subtrair a droga daquele<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 14. ed. V.1. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 341.

<sup>6</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 204.

<sup>7</sup> GALVÃO, op. cit., p. 449.





Deve, ainda, ser a agressão atual ou iminente. Atual é aquela que está acontecendo e iminente é aquela prestes a acontecer, o que significa que ameaças futuras de agressão não podem se firmar na excludente em questão.

Por último, o agente ter a intenção de defender o bem jurídico e conheça a injustiça da agressão. Isto é, além da exigência de preenchimento dos requisitos objetivos, é necessário que se preencha requisito subjetivo. Destarte, aquele que se defende deve agir com o propósito de defender a si ou terceiros, ou seja, o seu *animus* deve ser de salvaguardar o bem jurídico em ataque ou prestes a ser posto em perigo.

Portanto, para que o bloqueio do agredido seja considerado legítima defesa, tanto os requisitos objetivos, impostos pela lei, como os requisitos subjetivos devem estar minuciosamente preenchidos. Somente dessa forma, o agente poderá ser beneficiado pela norma permissiva do Código Penal Brasileiro.

Entretanto, não é sempre fácil, no caso concreto, aferir milimetricamente o preenchimento dos requisitos exigidos, como é o caso de um agente que porta uma arma de fogo diante de seu agressor, munido de um instrumento perfurocortante<sup>8</sup>, como, v.g., um punhal, faca etc.

Seria, então, uma arma de fogo um meio necessário para repelir injusta agressão daquele que porta uma faca? Inicialmente, dá-se a impressão que se trata de um meio desproporcional, uma vez que o fato de um instrumento perfurocortante ser tão ou mais lesivo quanto a arma de fogo é muitas vezes ignorado. Dessa maneira, como visto, se esta for o meio que se encontra à disposição do agente, no momento de agressão, para o exercício da autodefesa ou defesa de outrem, não há que se falar em desproporcionalidade do instrumento usado.

E quanto à moderação, qual seria a quantidade necessária de disparos para que o agente cesse a injusta agressão?

No que se refere à moderação daquele que usa uma arma de fogo contra o seu agressor munido de instrumento perfurocortante, inúmeras questões devem ser analisadas, como, por exemplo, o *stopping power*, ou seja, o poder de parada que é atribuído a uma arma de fogo de acordo com o seu calibre, os movimentos reflexos dos seres humanos, o momento de tensão e descarga de adrenalina que envolvem ambos os agentes no momento de confronto, dentre outras situação, que serão expostas no desenvolvimento desse trabalho de conclusão.

---

<sup>8</sup> Instrumento perfurocortante, segundo a medicina legal, é todo objeto que possui ponta e gume e que atua por um mecanismo misto, ou seja, penetra com a ponta e corta o corpo da vítima em planos superficiais e profundos.

## 2. LEGÍTIMA DEFESA DO AGENTE QUE PORTA ARMA DE FOGO EM FACE DA INJUSTA AGRESSÃO DE QUELE QUE PORTA INSTRUMENTO PERFUROCORTEANTE – UM DISPARO COMO MEIO MODERADO PARA NEUTRALIZAR O AGRESSOR

Para se ter noção se um único disparo de arma de fogo é suficiente para cessar uma injusta agressão, é necessário um breve estudo do que se chama *stopping power*. Ou seja, uma análise não aprofundada sobre o poder de parada de um projétil em desenvolvimento.

*Stopping power* ou poder de parada pode ser conceituado, simplesmente, como o poder de incapacitação imediata que tem um projétil ao atingir um ser - humano ou animal -, de modo que esse ser cesse seus afazeres no momento do impacto.

Nas palavras de Tocchetto<sup>9</sup>:

[...] capacidade que o projétil possui durante o impacto, de incapacitar uma pessoa ou um animal, instantaneamente, impedindo que continue a fazer o que estava fazendo no momento do impacto, mesmo que atinja tecidos vitais, é denominado *Poder de Parada (stopping power)* [...].

Segundo o enfoque da pessoa leiga, muitas vezes influenciado por programas cinematográficos, televisivos etc., um simples disparo de arma de fogo é capaz de neutralizar qualquer que seja o agressor. Ademais, o leigo tende a potencializar o perigo da arma de fogo – no caso, de projéteis de velocidade média – em face de uma arma branca, isto é, do instrumento perfurocortante. Dessa forma, quando há o encontro de duas pessoas, uma portando uma arma de fogo e a outra uma arma perfurocortante, há a tendência, por parte do leigo, em se imaginar que somente um disparo é capaz de neutralizar o agressor, ou mesmo que disparos nos membros inferiores ou superiores são capazes de impedir o agressor do seu desiderato.

Deve-se salientar que a compreensão da pessoa leiga é muito importante neste contexto, uma vez que, em regra, é ela quem irá compor o Tribunal do Júri da sua comunidade. Destarte, uma tese defensiva mal formulada e sem conhecimentos técnicos suficientes pode aumentar, por demais, as chances daquele que somente agiu em legítima defesa em uma infundada condenação, visto que é possível, caso seja considerado o excesso na causa justificante, uma condenação por homicídio ou por lesões corporais.

Por excesso na causa justificante, entende-se o comportamento do agente que, inicialmente, atuava amparado pela excludente de ilicitude, ultrapassando, porém, os limites

---

<sup>9</sup>TOCCHETTO, Domingos. *Balística Forense: Aspectos técnicos e jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Millennium, 2013, p. 227.



determinados pela lei. Assim, v.g., uma pessoa amparada pela legítima defesa somente pode agir até o momento da cessação da injusta agressão. Se esse momento for ultrapassado, os atos excessivos tornam-se ilegais, o que possibilita ao agressor, neste momento, repelir a ação ilegal, ou seja, a injusta agressão.

Greco<sup>10</sup> assevera que:

[...] o excesso tem início depois de um marco fundamental, qual seja, o momento em que o agente, com a sua repulsa, fez cessar a agressão que contra ele era praticada. Toda conduta praticada em excesso é ilícita, devendo o agente responder pelos resultados dela advindos [...].

Dessa maneira, chega-se à conclusão que o agente que supera o momento da causa de justificação responde pelo resultado alcançado a título de dolo ou culpa, conforme art. 23. Parágrafo Único, do Código Penal Brasileiro<sup>11</sup>.

No que se refere ao poder de parada ou *stopping power*, em que pese o pensamento cinematográfico difundido, bem como a propagação do poder de parada pelas indústrias de armamento, o tema é tratado por especialistas como uma ficção, ou seja, independentemente do calibre de uma arma - excepcionando-se o calibre de armas de alta velocidade, como v.g. um fuzil de assalto – afirmam os técnicos que um único disparo não é capaz de neutralizar de imediato, salvo se o projétil atingir o tronco encefálico ou a medula cervical.

Para se chegar a um consenso sobre o poder de parada de um determinado calibre de projétil uma arma de fogo de médio porte, vários testes em bovinos, cabras e cadáveres foram realizados, chegando-se à conclusão que, de acordo com a massa de um projétil de uma arma curta - como, v.g., revólveres e pistolas -, comparada à massa de um corpo humano adulto, o poder de destruição é muito pequeno, em princípio, e, dessa forma, não seria capaz de causar efeitos imediatos, em regra, em um ser humano.

Acredita Ikeda<sup>12</sup> que “o poder de parada não está relacionado com o calibre ou mesmo com a cavidade que é formada por determinado projétil, mas na localização que o projétil atinge um alvo humano”.

Isso não quer dizer que apenas uma única lesão provocada pela arma de fogo não seja letal, mas sim significa que, considerando-se a massa do projétil em relação à massa do corpo humano, inicialmente, o projétil pode ser absorvido pelo alvo como uma pontada ou

<sup>10</sup> GRECO, op. cit., p. 351.

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>12</sup> IKEDA, André Hideo. *Estudo dos calibres de munição para pistolas adequados a operações em ambientes urbanos*. 2019. 36 f. Trabalho monográfico (Aperfeiçoamento de Oficiais) – Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais, Rio de Janeiro, 2019.



agulhada, de modo a possibilitar no prosseguimento de suas ações. Logo, não se deve tratar o um disparo com fator determinante para o cessar da injusta agressão.

Alan Antunes Marinho Leandro<sup>13</sup> pontua o seguinte:

[...] percebe-se que o mito da incapacitação por meio de um disparo, salvo quando atingir o tronco encefálico ou coluna cervical, atende aos apelos hollywoodianos citados anteriormente, estando, portanto, afastados dos confrontos armados [...].

Pontua, ainda, Leandro que<sup>14</sup>:

[...] é importante frisar que, ao atingir, o tronco encefálico ou a medula cervical, qualquer, isso mesmo, qualquer projétil de arma de fogo, independente do calibre, é capaz de incapacitar imediatamente um ser humano. Fora dessas hipóteses não há como garantir que uma agressão injusta se encerre com apenas um disparo contra o agressor [...].

Deixa claro o autor que – excetuando-se a hipótese de armas de fogo de alta energia ou velocidade - qualquer arma de fogo é capaz exercer o poder de parada no ser humano, desde que o disparo atinja de maneira letal, isto é, desde que, por sorte, atinja a medula cervical ou o tronco encefálico do agressor. Fora de tais hipóteses, um único disparo não será suficiente para se evitar a injusta agressão e, provavelmente, o agressor que porta um instrumento perfurocortante conseguirá o seu fim, que é provocar feridas tão ou mais lesivas que as resultantes da ação de uma arma de fogo.

No mesmo sentido, Lucas Daniel Mora<sup>15</sup> informa que:

[...] as pessoas motivadas pela *cultura* do cinema, erroneamente tem concepção que uma pessoa atingida por um projétil irá *voar* alguns metros para traz, porém isso não é verdade, pois, quando atingidas por um tiro (as pessoas), desde que não seja no cérebro, não sentem absolutamente nada, ou alguns referem como se fosse uma picada de injeção, já que no momento, não se deu conta [...].

Destarte, conclui-se que, em uma situação real de enfrentamento, em que se esteja abarcado pela legítima defesa, agir moderadamente não é escolher efetuar somente um disparo em seu agressor, mas sim efetuá-los até que seja repelida a injusta agressão, atual ou iminente, o que pode acontecer com um, dez, quinze disparos de arma de fogo, a depender da vontade e disposição do agressor em alcançar a sua finalidade.

<sup>13</sup> LEANDRO, Alan Antunes Marinho. *Armas de fogo e legítima defesa: A desconstrução de oito mitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p 57.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> MORA, Lucas Daniel. *Balística Forense e Legítima Defesa: uma revisão de literatura*. 2016. 66 f. Trabalho monográfico (Especialização em Ciências Forenses) - Instituto Paulista de Estudos Bioéticos e Jurídicos, Ribeirão Preto, 2016.



### 3. DA DISTÂNCIA DE SEGURANÇA E DA RESPOSTA NÃO CONVENCIONAL COMO MEIO DE REPELIR A INJUSTA AGRESSÃO ENVOLVENDO INSTRUMENTO PERFUROCORTANTE

Ao chegar à conclusão que um único disparo de arma de fogo, em regra, não é capaz de cessar todas as atividades do agressor, deve-se perseguir o momento adequado para se repelir a agressão daquele que porta uma arma branca, quer dizer, um instrumento perfurocortante.

Entende-se que, estando o agressor a determinada distância e o agente visualizando a potencialidade lesiva, pode-se dar início aos atos executivos para salvaguardar a sua integridade.

Essa distância, chamada de distância de segurança, seria de 7 metros ou 21 pés, pois, enquanto o agressor se desloca para atingir o seu fim, o agredido tem o tempo necessário para sacar sua arma e efetuar quantos disparos forem necessários para neutralizar o agressor, caso contrário, de acordo com a determinação agente – a qual pode estar influenciada pelo uso de qualquer substância entorpecente – poderá o agressor produzir inúmeras lesões.

Os estudos sobre a temática começam a ser difundidos no mundo jurídico, tanto é dessa forma que, em julgado recente, o Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz de Direito Diogo Bononi Freitas<sup>16</sup> do TJSC, ao fundamentar sua decisão, consoante os preceitos ora estudados, absolveu sumariamente um réu acusado de tentativa de homicídio por efetuar disparo de arma de fogo em face de agressor que portava uma faca. Nas palavras do Magistrado:

[...] é equivocado pensar que um agressor munido apenas de uma faca seria inofensivo se comparado àquele que porta uma arma de fogo. As regras policiais estabelecidas para casos semelhantes (ataques com facas) – denominada Regra de Tueller ou regra dos 21 pés – orienta o mínimo de 6.4 metros de distância para que haja possibilidade de se defender com uma arma de fogo, diante de uma agressão com arma branca, a partir de ter a arma no coldre e na condição de lista para fazer um tiro.

Segue, ainda, o Magistrado<sup>17</sup>:

[...] as chances de sobreviver a uma agressão com arma branca diminuem consideravelmente, tendo em conta que os ataques podem ser muito rápidos e que, embora seja possível disparar, nada indica que não seja possível (e bem provável) errar o tiro e acertar em local não letal.

<sup>16</sup> BRASIL. Juízo da 1ª Vara Judicial da Comarca de São Francisco de Assis SC. *Ação Penal nº 125/2.17.0000147-6*. Juiz de Direito Diogo Bononi Freitas. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/proc.html?tb=proc>. Acesso em: 30 abr. 2020.

<sup>17</sup> Ibid.

Assim, considerando a tecnicidade que demonstrava o caso concreto, entendeu o magistrado que o agente agira em legítima defesa. Por outro lado, caso o magistrado não tivesse os conhecimentos específicos sobre o tema, poderia o réu ter recebido um resultado diferente em seu julgamento.

Andrade<sup>18</sup>, contudo, informa o seguinte [Informação verbal]:

[...] A regra dos 21 pés da Teoria de Tueller deve ser relativizada, pois ela parte do pressuposto que o ofendido já está no modo de espera, ou seja, o ofendido já supõe a agressão e está pronto para repeli-la. Diferentemente, ocorre quando há o elemento surpresa, em que não se tem o conhecimento das intenções do agressor, pois, até que o agredido processe todas as informações (o que leva cerca 3,5 segundos para reconhecimento de um estímulo externo desconhecido e que uma pessoa normal consegue percorrer 5 metros em 2 segundos) e comece a reagir (saque da arma do coldre e realização de disparos), há muito o agressor percorreu os 7 metros e desferiu vários golpes com o instrumento perfurocortante.

Acrescenta Andrade<sup>19</sup> [Informação verbal]:

[...] A questão também deve ser analisada pelo condicionamento do agente de segurança, pois existem aqueles que aprimoram incansavelmente o seu treinamento, o que possibilita a diminuição, por demais, do tempo de reação e aqueles que somente praticaram o tiro no início da carreira ou de vez em quando. Nestes casos, considerando-se o tempo de estímulo desconhecido para que comece a reagir e, assim, sacar a sua arma, o agente fatalmente será atingido. Pois, se considerarmos, por exemplo, que esse tipo de agente leva de 5 a 6 segundos para processar todos os acontecimentos e sacar a sua arma, o agressor já se deslocou por, mais ou menos, 20 metros. Então, o que faz a diferença em tais circunstâncias, é o efetivo e constante treinamento do agente.

Casos como o julgado pelo referido Magistrado acontecem por vezes em todos os cantos do Brasil e do mundo, como é o exemplo do ocorrido em Chapecó/SC, em que um agressor portando um facão, apesar de ser alvejado por, pelo menos, 9 (nove) disparos, conseguiu lograr êxito e ferir dois Policiais Militares<sup>20</sup>.

Outro exemplo ocorreu em Mogi das Cruzes, no Estado de São Paulo, em que um homem, após ser atingido por arma de choque, conseguiu desferir golpe de faca no pescoço de uma Policial Militar, a qual somente não foi a óbito devido à intervenção de outros policiais, que efetuaram disparos de arma de fogo no agressor, conseguindo, assim, repelir a injusta

---

<sup>18</sup> ANDRADE, Cláudio Barbosa. *Policial Penal especialista em técnicas de tiro e táticas operacionais*. Curso de tiro e prática defensiva para magistrados do Estado do Rio de Janeiro, ministrado na sede da Coordenadoria de Recursos Especiais da Polícia Civil RJ, em novembro de 2016.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> NDMAIS. *Após ferir policiais com facão, homem é morto a tiros em Chapecó*. Disponível em: <https://www.ndmais.com.br/noticias/video-apos-ferir-policiais-com-facao-homem-e-morto-a-tiros-em-chapeco/>. Acesso em: 29 abr. 2020.



Além da distância necessária, deve-se levar em conta que, como um único disparo, em regra, não é capaz de cessar em definitivo as atividades do sujeito ativo, mesmo que atingido, ainda haverá oxigênio em seu organismo suficiente para alcançar o seu fim. Por essa razão, especialistas informam que deve ser adotada a técnica da resposta não convencional.

A resposta não convencional é aquela em que, no momento do ataque, não se deve abrir mão da defesa e, assim, efetuar quantos disparos sejam necessários para que cesse a injusta agressão. Nas palavras de Leandro<sup>22</sup>:

[...] a doutrina da “Resposta Não Convencional” consiste em “não baixar a guarda”. Ou seja, o atirador, objetivando defender a integridade física ou a vida, efetua quantos disparos forem necessários para cessar a agressão injusta. É dizer que, enquanto não houver fim do ataque injusto, não cessará a resistência.

Recomenda-se a resposta não convencional porque, quanto maior o número de disparos, maior será o extravasamento de sangue e, por conseguinte, mais rápido o agressor entra em choque hipovolêmico e vem a desmaiar.

Contudo, mesmo atingido por vários disparos, é possível que o agente ainda persiga o seu desiderato, ou seja, é possível que o agressor efetue e cause lesões corporais ou mesmo a morte do agredido. Isso ocorre porque, após os disparos, resta, ainda, no organismo do agressor, a fluência de oxigênio, o que dá cerca de 10 segundos de sobrevida ao alvejado. Tal fenômeno é denominado como “os 10 segundos do homem morto” (*Dead men’s ten second*).

De Maio<sup>23</sup> informa o seguinte:

[...] Experientes patologistas forenses, não raro, deparam-se com casos de confronto em que um indivíduo, após ser ferido fatalmente no coração, por um disparo de arma de fogo, é capaz de caminhar ou correr centenas de metros e se envolver em atividade física extenuante antes do colapso e morte.

Veja-se, então, que é muito difícil, para aquele que se defende, mesmo que tenha o melhor treinamento do mercado, determinar o momento exato da expressão “moderadamente” contida no art. 25 do CP, uma vez que se deve considerar que somente um disparo não é capaz, em regra, de cessar a agressão e que o ser humano tem uma sobrevida de 10 segundos.

Ademais, é impossível, ao ser humano, diante de várias circunstâncias, destacando-se a situação de estresse decorrente do confronto, determinar qual será o disparo que

<sup>21</sup>G1. *Homem que esfaqueou policial em Mogi tinha surtos constantes, diz família*. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/mogi-das-cruzes-suzano/noticia/2019/06/13/homem-que-esfaqueou-policial-em-mogi-tinha-surtos-constantas-diz-familia.ghtml>. Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>22</sup> LEANDRO, op. cit., p 63.

<sup>23</sup> DE MAIO apud Ibid.



efetivamente cessará a agressão, visto que se deve considerar a sobrevida do agressor alvejado. Assim, mesmo que um disparo tenha produzido cavidades permanente e temporária, e que tenha, v.g., prejudicado os movimentos de sístole e diástole do coração, o agressor poderá no tempo de reflexo, atingir de forma letal a sua vítima.

Com isso, pode-se afirmar que, em determinados casos, vários disparos são necessários para causar o choque hipovolêmico<sup>24</sup> e, assim, cessar a atividade do sujeito ativo.

Ocorre que, muitas vezes, os operadores do direito, sem qualquer conhecimento sobre estudos científicos, ao se depararem com um sujeito que realizou tantos disparos naquele que somente portava uma faca ou qualquer outro instrumento perfurocortante, tendem a desconsiderar a legítima defesa, visto que a quantidade de disparos pode levar, erroneamente, à conclusão que a ação foi, por demais, desproporcional e, assim, condenar a vítima pelo excesso da causa de justificação, ou seja, por homicídio consumado, tentativa de homicídio ou lesões corporais, conforme art. 23, Parágrafo Único, do Código Penal Brasileiro<sup>25</sup>.

## CONCLUSÃO

À vista das ponderações declinadas, constatou-se que o percurso dos requisitos da legítima defesa, principalmente no que se refere ao uso moderado dos meios necessários, não é uma fórmula exata. Dessa maneira, no caso concreto, de acordo com todas as questões que circundam a situação fática, devem ser cuidadosamente analisadas para que se evite uma condenação infundada daquele que somente agiu para repelir a injusta agressão.

Em se tratando de legítima defesa em que o agente com arma de fogo de médio porte alveja seu agressor que porta uma faca, maior cuidado deve-se ter no caso concreto. Pois, como se demonstrou, mesmo após diversas lesões perfurocontusas, produzidas pela deflagração dos projéteis, há ainda oxigenação suficiente para que o agressor consiga produzir um resultado fatal.

Nesse sentido, os diversos operadores do direito, em um primeiro momento, não devem levar em conta o número de lesões produzidas pela arma de fogo naquele que somente portava uma faca, mas sim a situação fática que levou o agredido a produzir diversas lesões. Ou seja, a situação que levou o ofendido a disparar quantas vezes fossem necessárias para

<sup>24</sup> Choque hipovolêmico consiste na violenta redução de volume sanguíneo sob a forma de perda de sangue total, de plasma ou líquidos extracelulares, produzindo uma situação circulatória incapaz de manter o equilíbrio celular e podendo levar a morte.

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.





neutralizar o ofensor, já que um único disparo, em regra, não é capaz de fazer cessar uma agressão.

Os atores jurídicos devem ter, no mínimo, o conhecimento que um disparo somente terá o condão de incapacitar completamente uma pessoa se atingir a medula cervical ou o tronco encefálico da pessoa. Salvo tais hipóteses, o agressor, mesmo atingido, poderá caminhar até o seu destino e, assim, causar diversas lesões com o instrumento perfurocortante, as quais são tão ou mais graves que a lesões produzidas por uma arma de fogo.

Tal fato legitima o agredido a adotar o protocolo de segurança, o qual tem o fim de produzir um choque hipovolêmico no agressor e, assim, fazer com que a agressão atual ou iminente cesse em menor tempo e, com isso, salvaguardar própria vida ou mesmo a de terceiros.

Por fim, deve-se considerar que, nesses tipos de ações, em que todos os movimentos ocorrem em segundos, ao adotar o protocolo de segurança, por se verificar os 10 segundos de oxigênio existentes no organismo do agressor após os disparos, é humanamente impossível determinar qual foi o disparo que efetivamente causou a morte ou incapacitação completa do agressor. Por essa razão e pelos fundamentos expostos, não seria possível imputar ao ofendido qualquer condenação fundada no excesso na causa excludente, mesmo que se verifiquem vários disparos de arma de fogo.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Cláudio Barbosa. *Policial Penal especialista em técnicas de tiro e táticas operacionais*. Curso de tiro e prática defensiva para magistrados do Estado do Rio de Janeiro, ministrado na sede da Coordenadoria de Recursos Especiais da Polícia Civil RJ, em novembro de 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 29 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 15 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Juízo da 1ª vara Judicial da Comarca de São Francisco de Assis SC. *Ação Penal nº 125/2.17.0000147-6*. Juiz de Direito Diogo Bononi Freitas. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/proc.html?tb=proc>. Acesso em 30 abr. 2020.

G1. *Homem que esfaqueou policial em Mogi tinha surtos constantes, diz família*. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/mogi-das-cruzes-suzano/noticia/2019/06/13/homem->

que-esfaqueou-policial-em-mogi-tinha-surtos-constantess-diz-familia.ghhtml. Acesso em: 20 ago. 2020.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 10. ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 14. ed. V.1. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

IKEDA, André Hideo. *Estudo dos calibres de munição para pistolas adequados a operações em ambientes urbanos*. 2019. 36 f. Trabalho monográfico (Aperfeiçoamento de Oficiais) – Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais, Rio de Janeiro, 2019.

LEANDRO, Alan Antunes Marinho. *Armas de fogo e legítima defesa: A desconstrução de oito mitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MORA, Lucas Daniel. *Balística Forense e Legítima Defesa: uma revisão de literatura*. 2016. 66 f. Trabalho monográfico (Especialização em Ciências Forenses) - Instituto Paulista de Estudos Bioéticos e Jurídicos, Ribeirão Preto, 2016.

NDMAIS. *Após ferir policiais com facão, homem é morto a tiros em Chapecó*. Disponível em: <https://ndmais.com.br/noticias/video-apos-ferir-policiais-com-facao-homem-e-morto-a-tiros-em-chapeco/>. Acesso em 29 abr. 20.

TOCCHETTO, Domingos. *Balística Forense: Aspectos Técnicos e Jurídicos*. 7 ed. São Paulo: Millennium, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.



## A ENTREGA LEGAL À ADOÇÃO PREVISTA NA LEI Nº 13.509/2017, QUE INCLUIU O ART. 19-A NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, E SUA EFICÁCIA PRÁTICA

Maria de Souza

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

**Resumo** – as relações de Direito da Criança e do Adolescente se apresentam de formas complexas e, por isso, devem acompanhar as mudanças sociais. Com o passar do tempo, a criança e o adolescente passaram a ter direito à proteção integral. Assim, a gestante passou a ter o direito de manifestar se deseja entregar o seu filho à adoção logo após o nascimento, tendo todo acompanhamento necessário visando atender ao melhor interesse da criança. Este instituto de Entrega Legal à Adoção diverge do “Parto Anônimo”, instituto não adotado no Brasil. A Lei nº13.509/2017 regulamentou o procedimento da Entrega Legal inserindo o art. 19-A no Estatuto da Criança e do Adolescente. Deste modo para que o referido instituto seja eficaz, a sociedade e os profissionais que lidam com a gestante/mãe devem ter a consciência de que é direito da mulher entregar seu filho à adoção, não vendo este ato como um “abandono”, e sim como um ato de amor e coragem. A essência do trabalho é abordar como ocorre essa entrega, verificar a sua eficácia prática, aplicando o art. 19-A do ECA.

**Palavras-chave** – Estatuto da Criança e do Adolescente. Melhor Interesse da Criança. Entrega Legal. Adoção.

**Sumário** – Introdução. 1. A falta de regulamentação até 2017 sobre a entrega legal à adoção: uma discussão sobre o parto-anônimo. 2. O procedimento de entrega voluntária à adoção, regulamentada pela Lei nº13.509/2017, que acrescentou o art. 19-A no Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. A eficácia prática do art. 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente e a sua relevância social. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a Entrega Legal à Adoção, prevista na Lei nº 13.509/2017, que incluiu o art. 19-A no Estatuto da Criança e do Adolescente. Procura-se demonstrar como o tema era tratado antes de 2017, quando não havia regulamentação, bem como analisar como a lei está sendo aplicada atualmente e a sua eficácia prática.

De início se verifica que a adoção, da maneira com que é enxergada nos dias atuais, é um instituto relativamente recente, que consiste em um ato jurídico solene, se consubstanciando em uma medida excepcional. Antigamente, no entanto, em especial na Idade Média, quando a genitora não desejava seu bebê após o nascimento ela o colocava na roda dos expostos. Ou seja, a mãe deixava seu filho à disposição para a adoção em hospitais ou conventos.

No caso da legislação brasileira, verifica-se que por anos ela foi silente quanto ao direito dos genitores de optarem por não criar seu filho e entregá-lo para adoção. Esse é o motivo pelo qual muitos doutrinadores entendiam pela possibilidade do instituto do “Parto Anônimo”.

Com alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 13, parágrafo único, por meio da Lei nº 12.010/2009, ampliou-se o direito da mulher, de maneira que ela passou a ter direito de entregar o filho à justiça. Entretanto, esta entrega só veio a ser regulamentada com a Lei nº 13.509/2017, que introduziu o art. 19-A no ECA, que deve ser interpretado em conjunto com o art. 166, do mesmo Estatuto.

O tema é novo, já que se constata faticamente que até 2017 não existia regulamentação da Entrega Voluntária à Adoção. Por meio deste instituto, o Estado acolhe os genitores, que passam a ter o direito de ser acompanhados pela Vara da Infância e Juventude, onde têm acompanhamento psicológico e apoio, ao invés de abandonar a criança, entregá-la para uma adoção irregular ou praticar um aborto.

Esta alteração legislativa caracteriza um grande avanço, com escopo de preservar a integridade física e psíquica dos genitores e do(a) filho(a). Com isso, deve ser disseminada na sociedade a noção de que a entrega do recém-nascido pelos genitores à Justiça da Infância e Juventude está amparada pela legalidade, e que se revela como um ato de cuidado, não devendo ser encarado como uma forma de abandono.

Para melhor compreensão do tema, busca-se, neste trabalho, apresentar um panorama histórico de como o tema era tratado desde a Idade Média e como estava sendo abordado no Brasil antes da regulamentação. Pretende-se, a partir disso, analisar o dispositivo 19-A que foi introduzido no Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentando a entrega legal à adoção, e como está sendo sua aplicação e sua eficácia prática enquanto alternativa para diminuir o abandono, o aborto e a adoção irregular.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho demonstrando que, antes da introdução do art. 19-A no ECA pela Lei nº 13.509/2017, a falta de regulamentação quanto ao direito da gestante de entregar seu filho para adoção estimulava o aborto, o abandono e a adoção irregular. Diante disso, a doutrina discutia sobre a possibilidade de ser aplicado o instituto do “Parto Anônimo”, mas este gerava controvérsia, por não respeitar o direito à identidade genética da criança, ou seja, a criança não tinha direito de saber a identidade dos genitores.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, como deve ser o procedimento de entrega de uma criança na Vara da Infância e da Juventude, observando a disposição do art. 19-A, introduzido pela Lei nº 13.509/2017, e art. 166 do ECA.



O terceiro capítulo demonstra a eficácia deste novo instituto, que preserva o direito à vida, à saúde, à integridade física, à identidade genética, à igualdade de gênero e ao melhor interesse da criança.

A pesquisa será desenvolvida com o objetivo explicativo, uma vez que a pesquisadora pretende apurar a aplicação do procedimento estudado, mostrando como está sendo a eficácia prática deste fenômeno. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será sobretudo qualitativa, porquanto se pretende valer de uma análise histórica, por meio de pesquisa bibliográfica, e um estudo da bibliografia pertinente à temática em foco - analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) - para sustentar sua tese.

## 1. A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO ATÉ 2017 SOBRE A ENTREGA LEGAL À ADOÇÃO: UMA DISCUSSÃO SOBRE O PARTO ANÔNIMO

A adoção é uma medida excepcional, pautada no atendimento ao princípio do melhor interesse da criança. Ela visa à filiação por meio de um vínculo afetivo e consiste em um ato jurídico solene.

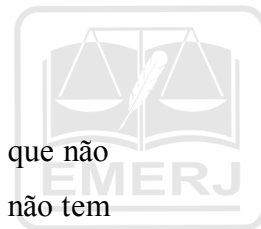
Na Idade Média, quando a genitora não desejava cuidar de seu filho, após o nascimento deste, ela o deixava na denominada “roda dos expostos”. Tratava-se de um artefato de madeira giratório, no qual a mãe colocava a criança e ela era transferida para as dependências das Santa Casas, conventos e hospitais. Assim, a genitora não tinha sua identidade revelada.

Segundo Fabíola Santos Albuquerque<sup>1</sup> a denominação parto anônimo é uma designação moderna da antiga “roda dos expostos” ou “roda dos enjeitados”. Entretanto, em que pese o parto anônimo se assemelhar à roda dos expostos, a motivação que levava a genitora a entregar a criança antigamente não é mesma, tendo em vista que os valores sociais vão mudando ao longo do tempo. Nesse sentido, Fabíola Albuquerque<sup>2</sup> preleciona:

Sem dúvida que os fundamentos para a utilização do instituto na atualidade não são os mesmos de outrora, os valores sociais são outros e, portanto os problemas são de outra natureza, mas indubitavelmente restam algumas semelhanças, a exemplo do anonimato e paradoxalmente assegurar a criança o direito à vida, ainda que o preço a pagar seja o do abandono.

<sup>1</sup>ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O Instituto do Parto Anônimo no Direito Brasileiro: Avanços ou Retrocessos? *IBDFAM*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/64.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2019, p. 01.

<sup>2</sup>Ibid.



Destarte, o parto anônimo consiste em um instituto no qual a genitora decide que não quer criar seu filho e, por isso, após o nascimento, ela entrega a criança para adoção e não tem a sua identidade revelada. Seu escopo é preservar o direito à vida, garantindo deste modo a cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, até 2017, não havia nenhuma disposição legal para regulamentar o direito da gestante de ser acompanhada durante a gravidez e, após o parto, de entregar seu filho para adoção. Deste modo, o Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM)<sup>3</sup> concordava com o parto anônimo, tanto é que encaminhou ao Congresso um anteprojeto - o Projeto de Lei 3.220/2008<sup>4</sup> - para regulamentar o parto anônimo como uma forma de coibir o abandono, o aborto e o infanticídio. Destarte, Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>5</sup> aduz que Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias são favoráveis a aplicação do instituto:

Palmilhando essa trilha e preocupados com a afirmação da dignidade das pessoas envolvidas na questão, parece-nos que o parto anônimo, sem ser, é obvio, uma forma definitiva de solução dos problemas sérios atinentes à pobreza e à falta de educação, saúde e cultura do povo brasileiro, pode contribuir para diminuir o número de crianças mortas ou simplesmente abandonadas no meio de lagoas, rios poluídos, banheiros de estações de trem, escadarias de igreja, construções e outros lugares ainda mais assustadores como notícia a imprensa brasileira a todo tempo.

Entretanto, o instituto sempre foi muito criticado, porque, ao dispor que a gestante teria sua identidade preservada, feriria o direito à identidade genética do filho. Sendo assim, Roberta Ferraço Scolforo e Juraciara Vieira Cardoso<sup>6</sup> defendem a “...inconstitucionalidade do parto anônimo, notadamente por afrontar o direito fundamental à dignidade, que tem como corolário o direito ao conhecimento de identidade genética e social e o direito à saúde.”

Deste modo, a maior crítica e dificuldade em regulamentar o parto anônimo estava no conflito entre direitos, quais sejam, o direito à vida x o direito a identidade biológica. Aos que entendiam pela aplicação do parto anônimo e a necessidade de sua regulamentação, os argumentos foram pautados na proporcionalidade e pareciam se sobressair em face de quem não aceitava o instituto.

Hodiernamente, a definição de família está em constante modificação de acordo com as mudanças dos valores sociais. Nota-se que a família patriarcalista do Código Civil de 1916

<sup>3</sup>IBDFAM. *Proposta de parto anônimo causa polêmica*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-ida/2165/Proposta+de+parto+an%C3%B4nimo+causa+pol%C3%AAmica>>. Acesso em 02 out. 2019.

<sup>4</sup>BRASIL. *Projeto de Lei nº 3.220 de 2008*. Disponível em: <[http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC1/dirFamilia/projetolei/pl\\_3220-2008.pdf](http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC1/dirFamilia/projetolei/pl_3220-2008.pdf)>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>5</sup>TEIXEIRA, apud ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. Parto Anônimo, Planejamento Familiar e Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, *Revista do Advogado*, São Paulo, n.101, p. 20, dez. 2008.

<sup>6</sup>SCOLFRO, Roberta Ferraço; CARDOSO, Juraciara Vieira. *Parto Anônimo: Um retrocesso ante os direitos fundamentais e humanos da criança*. Minas Gerais: Ufla, 2015, p. 63.



ficou para trás e hoje em dia há diversos arranjos familiares. Busca-se a família eudemonista, na qual há uma valorização da filiação afetiva, a busca pela igualdade de gênero e a solidariedade, motivos pelos quais se entendia pela possibilidade do parto anônimo.

Diante das várias discussões sobre o instituto, ele foi pauta no Congresso Nacional em três Projetos de Lei, todos no ano de 2008 - Projeto de Lei nº 2.747/2008<sup>7</sup>; Projeto de Lei nº 2.834/2008 e Projeto de Lei nº 3.220/2008<sup>8</sup>. Em uma análise de direito comparado, constata-se que ele é permitido em países como a França, Alemanha, Itália e Bélgica, mas nunca veio a ser regularizado no Brasil.

A Lei nº 12.010/2009<sup>9</sup> veio então no sentido de ampliar o direito da mulher, por meio da alteração na redação do art. 13, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>10</sup>. Pela modificação, a gestante passou a ter o direito de entregar seu filho à Vara da Infância e Juventude, para que este fosse encaminhado à adoção.

Contudo, referida lei não dispôs sobre como seria esse procedimento. Sendo assim, esta entrega só veio a ser regulamentada de fato com a Lei nº 13.509/2017<sup>11</sup>. Esta veio para suprir a falta de legislação referente ao direito da mulher que não deseja maternar, de maneira que ela possa entregar seu filho para adoção após o parto. É importante ressaltar, no entanto, que essa lei em momento algum fez referência ao parto anônimo.

Portanto, tem-se que a Entrega Legal à Adoção agora está prevista no art. 19-A do ECA<sup>12</sup>, que foi introduzida pela Lei nº 13.509/2017. Este dispositivo deve ser interpretado combinado com o art. 166<sup>13</sup> do referido Estatuto. Dessa forma, analisando a nova legislação, constata-se que o legislador não autorizou o parto anônimo, já que pela nova regulamentação, o direito à herança genética é respeitado, divergindo do parto anônimo.

O art. 19-A, §5º, do ECA<sup>14</sup> prevê que será garantido o sigilo sobre a entrega da criança. Dessa forma, a genitora, e o genitor se identificado, devem manifestar seu desejo de entregar seu filho em uma audiência específica para este fim. Esta audiência está

<sup>7</sup>BRASIL. *Projeto de Lei nº 2.747 de 2008*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=537107&filename=PL+2747/2008](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=537107&filename=PL+2747/2008)>. Acesso em: 20 out. 2017.

<sup>8</sup>BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>9</sup>BRASIL. *Lei nº 12.010 de 3 de agosto de 2009*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm)> Acesso em: 10 set. 2019.

<sup>10</sup>BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 01 set. 2019.

<sup>11</sup>BRASIL. *Lei nº 13.509*, de 22 de novembro de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm)>. Acesso em: 01 set. 2019.

<sup>12</sup>Ibid.

<sup>13</sup>Ibid.

<sup>14</sup>Ibid.

regulamentada art. 166 do ECA<sup>15</sup>, e seu parágrafo 3º novamente afirma sobre a garantia do sigilo.

Além disso, o parágrafo 9º do novo artigo 19-A do ECA<sup>16</sup> confere à mãe o direito ao sigilo do nascimento, respeitando o art. 48 do ECA<sup>17</sup>. Assim, interpretando os dispositivos, o adotante tem direito de saber a sua origem biológica e ter acesso ao processo quando completar 18 anos, em regra. Conclui-se, portanto, que o sigilo previsto no ECA se refere apenas ao procedimento, resguardado o direito à origem biológica, o que se difere do parto anônimo.

Diante deste fato, no I Fórum dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado do Rio de Janeiro (FOEJI- RJ)<sup>18</sup> foi editado um enunciado compartilhando deste entendimento:

4º ENUNCIADO: A Lei 13.509/2017 não instituiu o denominado “parto anônimo”, e sim o direito ao sigilo quanto à entrega à adoção, manifestado em audiência, na forma prevista no artigo 166 do ECA, hipótese em que o registro civil da criança será lavrado com os dados constantes da Declaração de Nascido Vivo, respeitado assim o direito previsto no artigo 48 do ECA.

Constata-se que o objetivo da Lei nº 13.509/2017<sup>19</sup> foi preservar a integridade física e psíquica dos filhos e dos pais biológicos, que sempre estiveram à margem da legislação e de qualquer apoio, permeados pelas mazelas sociais.

Nesse sentido, Maria Antonieta Pisano Motta<sup>20</sup> expõe sobre o perigo de a mãe permanecer com o filho mesmo sem desejar como uma forma de seguir os ditames da sociedade:

O fato da mãe permanecer com a criança sem ter ciência dos motivos e das consequências de sua decisão pode ser igualmente desastroso. Se a mulher assume a criança sem realmente desejar fazê-lo, pode futuramente vir a engrossar as fileiras das mães que maltratam seus filhos, que os ignoram, que lhes infligem castigos inomináveis, os criam nas ruas ou até chegam a situações extremas de abandono ou infanticídio.

Destarte, como os pais que decidem entregar seu filho à adoção sempre foram criticados pela sociedade, nota-se a ausência de empatia das pessoas, que, em geral, possuem uma ideia distorcida no sentido de que quem entrega o filho para a adoção o está

---

<sup>15</sup>Ibid.

<sup>16</sup>Ibid.

<sup>17</sup>Ibid.

<sup>18</sup>BRASIL. *Enunciado 04 do I Fórum dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado do Rio de Janeiro (FOEJI- RJ)*. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6260803>>. Acesso em: 01 set. 2019.

<sup>19</sup>BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>20</sup>MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 25.





abandonando, e de que todas as mulheres nasceram para ser mãe. Por isso, tornou-se tão relevante regulamentar o direito à entrega legal à adoção, que deve ser analisado não só na sua aplicação prática, mas também na sua eficácia prática, que deve permear toda a sociedade.

## 2. O PROCEDIMENTO DE ENTREGA VOLUNTÁRIA À ADOÇÃO, REGULAMENTADA PELA LEI Nº 13.509/2017, QUE ACRESCENTOU O ART. 19-A NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Lei nº 13.257/2016<sup>21</sup>, que instituiu o Marco Legal da Primeira Infância, previu a possibilidade de as gestantes ou mães manifestarem seu interesse em entregar seus filhos para adoção, sendo obrigatoriamente encaminhadas, sem constrangimento, para a Vara da Infância e Juventude.

Em 2017, por meio da Lei nº 13.509/2017<sup>22</sup>, a gestante passou a ter o direito de ser acompanhada durante a gestação e, após o parto, de poder entregar seu filho para adoção. A referida lei possui amparo constitucional, nos termos do art. 226, parágrafo 7º da CRFB<sup>23</sup>, ao tratar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Paternidade responsável.

Como visto, por meio desta lei, foi introduzido o art. 19-A no Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>24</sup>, que deve ser interpretado em conjunto com o art. 166 do referido diploma legal<sup>25</sup>. Antes dessa lei, o ECA já previa normas que indicavam o direito das gestantes que manifestavam o seu interesse em entregar seus filhos para a adoção, nos termos do art. 8º, parágrafo 5º e art. 13, parágrafo 1º do ECA<sup>26</sup>.

A modificação legislativa<sup>27</sup> preleciona em seu caput:

Art. 19-A. A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

A regra, trazida pelo no ECA e pela CRFB, e que inclusive visa ao Melhor Interesse da Criança, é a manutenção da criança no seio de sua família natural, de maneira que apenas

---

<sup>21</sup>BRASIL. *Lei nº 13.257*, de 8 de março de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm)>. Acesso em: 3 mai. 2020.

<sup>22</sup>BRASIL, op. cit., nota 11.

<sup>23</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01 set. 2019.

<sup>24</sup>BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>25</sup>Ibid.

<sup>26</sup>Ibid.

<sup>27</sup>BRASIL, op. cit., nota 11.

de forma excepcional a criança deve ser colocada em família substituta, motivo pelo qual os três primeiros parágrafos do art. 19-A do ECA<sup>28</sup> remetem à preservação da família natural.

Segundo tais dispositivos, a gestante/mãe terá auxílio da equipe interprofissional para que esta analise o caso, devendo verificar o estado emocional e um possível estado puerperal. Findo o relatório, nos termos do parágrafo 2º do art. 19-A do ECA<sup>29</sup>, ele deve ser enviado para o juízo, que pode encaminhar a gestante/mãe para que, de forma voluntária, receba atendimento especializado.

Constatado pelo Juízo da Infância e da Juventude o real desejo na entrega do filho para adoção, dispõe o parágrafo 3º do referido artigo<sup>30</sup>, que primeiro se tentará manutenção da criança em sua família extensa. Se isto não for possível, conforme o parágrafo 4º<sup>31</sup>, o juiz decretará a extinção do poder familiar e determinará a colocação da criança em guarda provisória:

Art. 19A: § 4º Na hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, a autoridade judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

Entretanto, é preciso salientar que este parágrafo vem sendo criticado. Guilherme Freire de Melo Barros<sup>32</sup> sustenta que há um interesse em se agilizar o processo de adoção. Por isso, a Lei nº 13.509/2017, estabeleceu que a extinção do poder familiar pode ocorrer sem a propositura de ação uma judicial por ente legitimado (Ministério Público ou adotante). Além disso, não prevê o contraditório e viola a inércia de jurisdição, porque a decisão decorre de atividade iniciada pelo próprio Judiciário.

O mesmo autor<sup>33</sup> faz outra crítica ao parágrafo 4º do art. 19-A, ao afirmar que é inconsistente com o parágrafo 5º do próprio art. 19-A, já que este parágrafo prevê a necessidade do consentimento dos genitores em audiência. No caso de não comparecimento do genitor ou membro da família extensa em audiência, o juiz primeiramente suspende o poder familiar da mãe e a criança fica em guarda provisória, nos termos do art. 19-A, parágrafo 6º. De igual modo, o art. 19-A em seu parágrafo 8º prevê a possibilidade da desistência da entrega legal para a adoção.

---

<sup>28</sup>BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>29</sup>Ibid.

<sup>30</sup>Ibid.

<sup>31</sup>Ibid.

<sup>32</sup>BARROS, Guilherme de Melo. *Direito da Criança e do Adolescente*. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2019, p. 54.

<sup>33</sup> Ibid.



Diante das contradições previstas no parágrafo 4º do art. 19-A<sup>34</sup>, a destituição da autoridade parental só deve ocorrer após a realização da audiência prevista no art. 19-A, parágrafo 5º e art. 166, parágrafo 1º do ECA. Nesta devem estar presentes o Ministério Público, a mãe e o pai, se identificado, acompanhados de advogado ou, na falta deste, pela Defensoria Pública.

Nesta audiência, o juiz deve deixar claro as consequências da adoção, inclusive o caráter irrevogável da medida. Destarte, a manifestação dos pais deve ser livre e espontânea sobre a vontade e o desejo de entregar a criança em adoção. Apenas após a realização da audiência prevista no art. 19A, parágrafo 5º é que deve ser declarado extinto o poder familiar, nos termos do art. 166, parágrafo 1º, inciso II do ECA.

Finda audiência, deve-se aguardar o prazo de 10 dias previsto no art. 166, 5º do ECA, ou seja, o prazo para arrependimento dos pais acerca da prolação da decisão de extinção do poder familiar.

Caso a mãe não compareça na referida audiência, conforme dispõe o art. 19-A, parágrafo 6º, o poder familiar deve ser suspenso e a criança será colocada em guarda provisória de quem está habilitado para adotá-la.

Se, na audiência, a mãe manifestar sua desistência em entregar a criança à adoção, o art. 19-A, parágrafo 8º determina a manutenção da criança em sua família natural, caso em que deverá haver um acompanhamento familiar por 180 dias.

Por fim, quanto ao sigilo na entrega voluntária à adoção, este deve ser interpretado cominando-se os artigos 19-A, §§ 5º e 9º e art. 166. Destarte, é garantido o direito da mãe ao sigilo sobre o nascimento. Mas é importante ressaltar, nos termos do art. 48 do ECA e conforme previsto na “Cartilha Entregar de forma Legal é proteger”, disponibilizada pelo TJRJ<sup>35</sup>, que “...é garantido ao seu filho biológico o direito de conhecer a sua origem biológica bem como de obter acesso irrestrito ao processo em que a medida foi aplicada e a seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”.

Com isso, verifica-se que a mulher passou a ter o seu direito de entregar seu filho à adoção regulamento pelo ECA, devendo ser acompanhada pela Vara da Infância e Juventude. Todo o procedimento é sigiloso, mas em virtude do direito à origem biológica, o filho pode ter acesso ao procedimento. Por fim, a legislação foi criada para garantir a efetivação do

<sup>34</sup>BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>35</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Entregar de forma legal é proteger*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/5736540/6207821/cartilha-entregar+%C3%A9+Proteger.pdf/c6c3029a-651-221d-f6c6-e2b5626caf69?version=1.0>>. Acesso em: 01 set. 2019.

princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, da Paternidade Responsável e da Dignidade da Pessoa Humana.

### 3. A EFICÁCIA PRÁTICA DO ART. 19-A DO ECA E A SUA RELEVÂNCIA SOCIAL

A adoção sempre foi um tema de grande relevância social, uma vez que tem por escopo garantir o melhor interesse da criança. Mas não é possível assegurar o bem-estar da criança sem que antes sejam garantidos os cuidados necessários com a mãe que entrega seu filho para adoção. Por isso, a Entrega Legal à Adoção é de grande importância e auxilia na materialização do Princípio do Melhor Interesse da Criança.

Deste modo, a gestante deve ter todo acompanhamento psicológico para que decida de forma consciente. Ao longo da gestação e com o nascimento do filho, a mulher tem o direito de escolher se deseja entregar seu filho para adoção, como um ato amor, já que muitas vezes pode não ter condições emocionais, psicológicas, econômicas para criar uma criança.

Maria Antonieta Pisano Motta<sup>36</sup> preleciona sobre os significados da entrega de um filho para adoção: “A decisão de entregar um filho em adoção ou a ideia de fazê-lo pode ter vários significados, desde aceitar a impossibilidade de criá-lo, sua rejeição à criança ou aceitar a frustração do amor e do desejo de maternar”

O instituto da Entrega Voluntária à Adoção foi regulamentado com a introdução do art. 19-A do ECA por meio da Lei nº 13.509/2017<sup>37</sup>. A vontade da gestante ou da mãe de entregar seu filho para adoção encontra amparo na Lei nº 13.257/2016<sup>38</sup>, que institui o Marco Legal da Primeira Infância; no art. 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal<sup>39</sup>; e nos artigos 13, parágrafo único, 19-A c/c 166, do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>40</sup>.

Conforme o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais menciona em sua Cartilha Entrega Legal<sup>41</sup>, com a entrada em vigor da Lei nº 13.257/2016, que institui o Marco Legal da Primeira Infância, o fato de a gestante ou mãe manifestar seu interesse em entregar

---

<sup>36</sup>MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 26.

<sup>37</sup>BRASIL, op. cit., nota 11.

<sup>38</sup>BRASIL, op. cit., nota 21.

<sup>39</sup>BRASIL, op. cit., nota 23.

<sup>40</sup>BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>41</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Entrega Legal*. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/cartilhaEntregaLegal\_WEB%20(1).pdf> Acesso em: 03 mai. 2020. p.5.



voluntariamente seu filho à Vara da Infância e Juventude para que ele seja adotado, não constitui o delito de abandono de incapaz, previsto no art. 134 do Código Penal<sup>42</sup>.

A Entrega Legal à Adoção não constitui o crime de abandono de incapaz, porque para caracterizar o abandono a mãe deve deixar o filho desamparado, sem auxílio nenhum, configurando um total descaso com a criança. No caso de a mãe entregar o filho para a Vara da Criança e da Juventude, a criança terá todos os cuidados necessários, sendo encaminhada para que possa ser adotada e ter uma família, não configurando, deste modo, o tipo penal do art. 134 do CP<sup>43</sup>.

Cabe ressaltar que não é correto utilizar o termo “abandono”, quando a gestante ou mãe resolve entregar seu filho para adoção. A palavra “abandono” traz uma conotação pesada tanto para a mãe que resolve entregar seu filho para adoção, como para a criança que cresce com um estigma de que foi abandonada pelos pais biológicos. Há uma grande reprovação moral utilizando este termo, remetendo a ideia da prática do delito mencionado acima.

Destarte, a entrega não deve ser vista pela sociedade como um abandono ou rejeição. A entrega consiste em dar uma nova oportunidade para que a criança cresça e se desenvolva em um ambiente saudável e com amor, em uma família substituta.

Além de não se utilizar mais o termo abandono, deve-se atentar que atualmente homens e mulheres possuem direitos e deveres iguais. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou a igualdade entre homens e mulheres. Sendo assim, no contexto social hodierno, a mulher não pode mais sofrer qualquer represália referente ao exercício de direitos constitucionalmente garantidos.

Nem todas as mulheres têm o desejo de ser mãe. Por isso a Entrega Legal é uma alternativa àquelas que não desejam cuidar de seu filho, e estas merecem ser respeitadas. Infelizmente ainda existe a ideia, em parte da sociedade, de que a mulher tem a obrigação de ter filhos e deles cuidar, como uma imposição social. Maria Antonieta Pisano Motta<sup>44</sup> confirma tal ideologia ainda existente:

A ideologia da maternidade vivada nos nossos dias e nascida com a sociedade burguesa patriarcal confere a todas as mulheres a faculdade natural de amar sem restrições e de cuidar da criança que concebeu sob quaisquer condições. As que recusam de algum modo este destino biológico e social são consideradas exceções e recebem com frequência o rótulo de anormais.

---

<sup>42</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 3 mai. 2020.

<sup>43</sup>Ibid.

<sup>44</sup>MOTTA, op. cit., nota 36, p. 63.



Sendo assim, para que o instituto da Entrega Legal ocorra de forma efetiva, é necessário que a sociedade tenha empatia com aquela que ficou grávida e possui os seus motivos e convicções para não cuidar da criança. Deste modo, a gestante e a mãe possuem o direito de serem acompanhadas por psicólogos e assistentes sociais e de, posteriormente, comparecerem à Vara da Infância e Juventude para que, diante do juiz, manifestem seu interesse em entregar a criança para adoção, de forma voluntária.

Além da conscientização da sociedade, a equipe técnica interdisciplinar que acompanhará a gestante e a mãe deve estar preparada para lidar com tal situação, já que, conforme aduz o TJMG em sua Cartilha Entrega Legal<sup>45</sup>, a gestante e mãe não devem se sentir oprimidas pelo preconceito e pressão social, bem como por outros fatores de ordem econômica, psicológica, moral e social.

É dever do profissional da área da saúde, ao tomar conhecimento de que a mulher deseja entregar seu filho para adoção, encaminhar tal caso para a Vara da Infância e Juventude, dever este previsto no art. 258B do ECA<sup>46</sup>, sob pena de multa em caso de não encaminhamento e tomada das medidas necessárias.

O TJRJ, em sua cartilha Entregar de Forma Legal é Proteger<sup>47</sup>, elenca como motivos comuns para que a mulher entregue seu filho para adoção: a desigualdade social; uma gravidez indesejada e não planejada; violência sexual sofrida pela mulher; desaprovação da família; gestação ocorrida de forma extraconjugal; depressão pós parto; e o não reconhecimento do pai do bebê.

Deste modo, a Entrega Legal é uma alternativa que visa a diminuir os índices de aborto (que também coloca em risco a vida da mulher), maus tratos, abandono, venda de criança, adoção ilegal.

Katia Maciel<sup>48</sup> afirma que a Lei nº 13.509/2017 incluiu uma nova modalidade de destituição do poder familiar no art. 1.638, V, do Código Civil<sup>49</sup>, qual seja, quando os pais entregam o filho de forma irregular a terceiros. Com isso, a entrega legal à adoção, prevista na referida Lei de 2017, é um meio capaz de auxiliar a coibir a prática de entrega direta e irregular da criança para adoção, fato que pode ocorrer com o escopo de burlar o cadastro de adoção e/ou objetivando fins pecuniários, como se observa na prática jurídica.

---

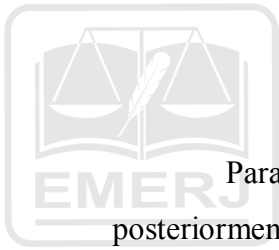
<sup>45</sup>BRASIL, op. cit., nota 41.

<sup>46</sup>BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>47</sup>BRASIL, op. cit., nota 35.

<sup>48</sup>MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente- Aspectos Teóricos e Práticos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 168.

<sup>49</sup>BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em: 4 mai. 2020.



Para a criança é melhor que esta entrega ocorra com o nascimento, ao invés de posteriormente vir a sofrer maus tratos ou o abandono. Além disso, a criança recém-nascida possui maiores chances de ser inserida em uma família adotiva, já que, conforme estatística do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento do Conselho Nacional de Justiça, acessada em 3 de maio de 2020, existem 923 crianças de até 3 anos disponíveis para adoção<sup>50</sup> e 7.750 pretendentes disponíveis para adotar crianças com até 2 anos de idade<sup>51</sup>.

A Entrega Voluntária à Adoção, portanto, é um instituto em que a gestante ou a mãe do recém-nascido, bem como o bebê tem a sua integridade física e sua saúde respeitados. Além disso, a criança tem o direito à sua identidade genética respeitado, o que difere este instituto do parto anônimo. Em que pese a mãe possuir o direito ao sigilo sobre o nascimento, nos termos do art. 19-A parágrafo 9º do ECA, deve ser respeitado o art. 48 do referido dispositivo<sup>52</sup>, em que o adotado tem direito de conhecer sua origem genética.

Destarte, a eficácia deste novo instituto preserva o direito à vida, à saúde, integridade física, à identidade genética, a igualdade de gênero e o melhor interesse da criança.

## CONCLUSÃO

Constatou-se que a Lei nº 13.509/2017, que acrescentou o art. 19-A do ECA, instituiu o procedimento da Entrega Legal à Adoção. Esta mudança legislativa veio ao encontro da proteção integral, da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente, dando eficácia ao art. 227 da CRFB.

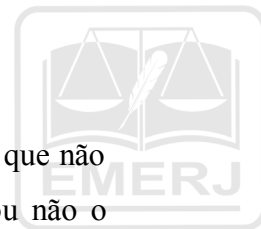
Outrossim, a CRFB e o ECA têm por base a proteção integral da criança. Sendo assim, a adoção é uma medida excepcional, mas que, em alguns casos, se apresenta como o melhor meio para que a criança possa crescer em um seio familiar, recebendo todos os cuidados e afeto.

---

<sup>50</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento- Criança Disponível para Adoção*. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913f74b5b5b31a2&sheet=68b8631d-d2f5-4ea1-b05a-b0256c5fb581&lang=pt-BR&opt=currsel&select=clearall>>. Acesso em: 3 mai. 2020.

<sup>51</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento- Pretendentes Disponíveis*. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913f74b5b5b31a2&sheet=f6217f68-c638-49eb-9d00-ca8591a16175&lang=pt-BR&opt=currsel&select=clearall>>. Acesso em: 3 mai. 2020.

<sup>52</sup>BRASIL, op. cit., nota 10.



Por anos a legislação foi silente em relação as mulheres que engravidam, mas que não desejam cuidar da criança. Neste período, havia a discussão se o Brasil adotava ou não o instituto do “Parto Anônimo”. Entretanto, tal instituto não respeitava o direito da origem genética da criança, motivo pelo qual nunca foi aprovado pelo legislador.

Sob esse prisma da necessidade de se respeitar o direito fundamental da origem genética, a Lei nº 13.509/2017, que introduziu o art. 19-A no ECA, em seu parágrafo 9º, dispôs que é garantido à mãe o sigilo sobre o nascimento, mas respeitado o direito do filho de saber, se desejar, sobre sua origem biológica após completar 18 anos.

A Entrega Legal à adoção, permite que a mulher tenha acompanhamento desde a gestação. Se ela assim desejar, pode se manifestar e entregar seu filho para a adoção, sendo então, encaminhada para a Vara da Infância e Juventude. Dessa maneira, como a mulher passou a ter proteção para entregar seu filho, entende-se que essa é uma alternativa ao aborto, ao abandono de recém-nascido, bem como a maus tratos.

Não obstante, o procedimento da entrega voluntária à adoção previsto no art. 19-A do ECA tem como o escopo a preservação do direito à vida, à igualdade de gênero, à integridade física, à identidade genética, de modo a dar concretude ao princípio do melhor interesse da criança.

Nesse sentido, para que este instituto tenha eficácia, ele deve ser disseminado por toda a sociedade como um ato de amor da mulher que resolve entregar seu filho para adoção. Assim, a conscientização da sociedade e da equipe interdisciplinar que cuidará da gestante/mãe é essencial para que este procedimento se concretize e tenha sucesso.

## REFERÊNCIAS

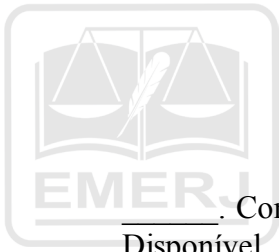
ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O Instituto do Parto Anônimo no Direito Brasileiro: Avanços ou Retrocessos? *IBDFAM*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/64.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2019.

BARROS, Guilherme de Melo. *Direito da Criança e do Adolescente*. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2019.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/1104/06.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/1104/06.htm)>. Acesso em: 4 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 3 mai. 2020.





\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento- Criança Disponível para Adoção*. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=68b8631d-d2f5-4ea1-b05ab0256c5fb581&lang=pt-BR&opt=cursel&select=clearall>>. Acesso em: 3 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento- Pretendentes Disponíveis*. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=f6217f68-c638-49eb-9d00ca8591a16175&lang=pt-BR&opt=cursel&select=clearall>>. Acesso em: 3 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Enunciado 04 do I Fórum dos Juizes da Infância e da Juventude do Estado do Rio de Janeiro (FOEJI- RJ)*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6260803>>. Acesso em: 01 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 01 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.010 de 3 de agosto de 2009*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm)> Acesso em: 10 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm)>. Acesso em: 3 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm)>. Acesso em: 01 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 2.747 de 2008*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=537107&filename=PL+2747/2008](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=537107&filename=PL+2747/2008)>. Acesso em: 20 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 3.220 de 2008*. Disponível em: <[http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC1/dirFamilia/projetolei/pl\\_3220-2008.pdf](http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC1/dirFamilia/projetolei/pl_3220-2008.pdf)>. Acesso em: 27 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: *Entrega Legal*. Disponível em: <[file:///C:/Users/User/Downloads/cartilhaEntregaLegal\\_WEB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/cartilhaEntregaLegal_WEB%20(1).pdf)> Acesso em: 03 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: *Entregar de forma legal é proteger*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/5736540/6207821/cartilha-entregar+%C3%A9+Proteger.pdf/c6c3029a-5651-221d-f6c6-e2b5626caf69?version=1.0>>. Acesso em: 01 set. 2019.

IBDFAM. *Proposta de parto anônimo causa polêmica*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-idia/2165/Proposta+de+parto+an%C3%B4nimo+causa+pol%C3%AAmica>>. Acesso em: 02 out. 2019.



MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SCOLFRO, Roberta Ferraço; CARDOSO, Juraciara Vieira. *Parto Anônimo: Um retrocesso ante os direitos fundamentais e humanos da criança*. Minas Gerais: Ufla, 2015.

TEIXEIRA, apud ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. Parto Anônimo, Planejamento Familiar e Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, *Revista do Advogado*, São Paulo, n.101, dez. 2008.



## OS CRIMES DE OMISSÃO IMPRÓPRIA E A RESPONSABILIDADE PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER*.

Maria Victoria Pontes de Araujo e Rodrigues dos Santos

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (IBMEC). Advogada. Pós-Graduada em Direito Tributário (LL.M) pela FGV Direito Rio. Pós-Graduada em Direito Público e Privado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

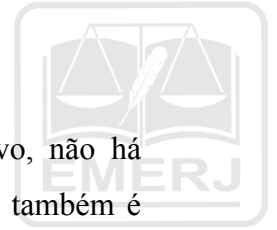
**Resumo** – este artigo apresenta um estudo sobre o crime de omissão imprópria e a responsabilidade penal do *compliance officer*. O trabalho se inicia abordando os crimes de omissão imprópria e os requisitos para que uma pessoa seja considerada garantidor, nos termos da lei penal. Logo após, é feita uma análise do que é o *criminal compliance* e dos deveres assumidos pelo *compliance officer*, pessoa responsável pelo programa de *compliance* nas empresas. Por fim, há uma avaliação a respeito da possibilidade de responsabilizar o *compliance officer* pelos crimes de omissão imprópria. Para chegar a essa conclusão, será feito um estudo da lei e da doutrina a respeito do tema. Também será feita uma análise de um precedente no Supremo Tribunal Federal, que discute do assunto. O que se pretende é fazer um estudo da responsabilidade penal do *compliance officer*, estabelecendo parâmetros para que ele responda pelos crimes de omissão imprópria, evitando assim, uma responsabilidade penal automática em razão de sua função.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Omissão Imprópria. Garantidor. Compliance. Criminal Compliance. *Compliance Officer*. Responsabilidade Penal.

**Sumário** – Introdução. 1. Dos Crimes de Omissão Imprópria e da Posição de Garantidor. 2. Dos Programas de *Criminal Compliance* e dos Deveres do *Compliance Officer*. 3. Da Responsabilidade do *Compliance Officer* pelos Crimes de Omissão Imprópria. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como objetivo discutir a responsabilidade penal do *compliance officer* nos crimes econômicos. O *compliance officer* é a pessoa responsável por estruturar e coordenar os programas de *compliance* dentro de uma empresa. Cabe a ele expedir diretivas, vigiar, receber comunicações, analisar operações e verificar se os procedimentos da empresa estão em conformidade com a lei. A função final do *compliance officer* é evitar, por meio dos programas de *compliance*, os riscos de fraudes, ilicitudes e corrupção.



Quando um crime é praticado por um empresário no ambiente corporativo, não há dúvida de que responsabilidade penal deva recair sobre ele. Discute-se, contudo, se também é possível responsabilizar o *compliance officer*, já que a sua função é justamente a de fiscalizar e impedir a ocorrência de crimes na empresa. O que se indaga é se o *compliance officer* estará cometendo um crime omissivo, quando não impede a prática de um delito durante a sua gestão.

Os crimes omissivos podem ser classificados em crimes omissivos próprios e impróprios. Os crimes omissivos próprios decorrem do descumprimento de um dever de agir, quando a lei determina uma ação e o agente permanece inerte. Já nos crimes omissivos impróprios, a lei impõe ao denominado ‘agente garantidor’ não apenas o dever de agir, mas o dever de evitar resultados danosos à uma vítima específica. Considerando que o *compliance officer* tem o dever evitar a ocorrência de delitos no ambiente corporativo, se ele permite que um crime ocorra, ainda que de forma culposa, ele pode ser denunciado por crime de omissão imprópria? Poderia ele ser considerado garantidor das vítimas de crimes corporativos?

O tema é relevante e merece atenção pois existe uma zona cinzenta no que tange à responsabilidade penal do *compliance officer*. Do ponto de vista dos empresários, interessa saber os limites da responsabilidade penal do *compliance officer* que, atualmente, é uma figura imprescindível no contexto corporativo. Do ponto de vista do *compliance officer*, estabelecer tais limites é relevante, pois ele deve estar ciente dos riscos que corre ao assumir esta função. Do ponto de vista jurídico, a relevância está na discussão a respeito da possibilidade de expandir a responsabilidade penal, para atingir não apenas os agentes que cometem crimes, mas as pessoas contratadas para evitar que eles ocorram.

Para compreender a questão, o primeiro capítulo aborda os crimes de omissão imprópria, diferenciando-os dos outros crimes de omissão, e estabelecendo os requisitos legais para que uma pessoa seja considerada garantidor e assim, assuma a obrigação de impedir resultados danosos a vítimas específicas.

No segundo capítulo, é apresentado o conceito de *compliance* e feita uma descrição dos programas empresariais de *criminal compliance*, com destaque para a função e os deveres do *compliance officer*.

O terceiro capítulo faz uma análise acerca da possibilidade de o *compliance officer* responder por omissão imprópria, caso ocorra um crime durante a sua gestão. Esta análise leva em conta os deveres do *compliance officer*, abordados no segundo capítulo, assim como os



requisitos para que alguém seja considerado garantidor, abordados no primeiro capítulo. Também é feito o estudo de uma Ação Penal, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, a respeito do tema.

A abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, portanto, o pesquisador se vale da bibliografia para buscar na doutrina os conceitos necessários à realização do trabalho. Ainda, se vale de artigos científicos que tratam especificamente do tema abordado e da jurisprudência, para chegar a uma conclusão.

## 1. DOS CRIMES DE OMISSÃO IMPRÓPRIA E DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR

O Direito Penal é o ramo do direito que protege os bens jurídicos mais valiosos da sociedade. Para garantir esta proteção, o Direito Penal se utiliza de leis que contém normas classificadas como proibitivas, e normas classificadas como imperativas.

As normas proibitivas trazem em seu conteúdo uma vedação legal, ou seja, a norma descreve uma conduta proibida que, se praticada pelo agente, acarreta uma sanção nos termos da lei.

Já as normas imperativas têm um caráter mandamental. Ao invés de proibir uma conduta, elas impõem ao agente um dever de agir. A infração às normas imperativas ocorre quando, diante do comando legal para agir, o agente permanece inerte.<sup>1</sup> Um exemplo, é o crime de omissão de socorro. O Código Penal determina, em seu artigo 135<sup>2</sup>, que sempre que alguém esteja correndo perigo, deve-se prestar assistência. A pessoa que deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo, responde pelo crime de omissão de socorro, por permanecer inerte quando a lei demanda uma ação. A violação a um dever legal de agir configura o chamado crime de omissão.

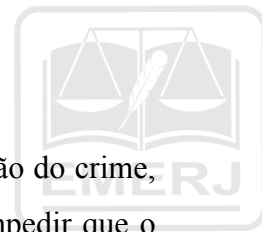
Na classificação dos crimes, os crimes de omissão se subdividem em crimes omissivos próprios e crimes omissivos impróprios.

Os crimes omissivos próprios são crimes de mera conduta, previstos em tipos penais específicos. A lei impõe a prática de uma conduta que, quando não realizada, configura o descumprimento de um dever de agir (à exemplo do crime de omissão de socorro, já abordado).

---

<sup>1</sup> BITTENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral* 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 300.

<sup>2</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 2 mai. 2020.



O eventual resultado decorrente da omissão do agente é irrelevante para a consumação do crime, pois a obrigação imposta pela lei não é a de evitar o resultado, mas de agir para impedir que o resultado ocorra.<sup>3</sup>

Já os crimes omissivos impróprios, objeto da presente pesquisa, também são chamados pela doutrina de crimes comissivos por omissão. Neste tipo de crime omissivo, o agente não tem o mero dever de agir, mas o dever de evitar que ocorra um resultado concreto. A norma que prevê este crime é dirigida a um grupo específico de pessoas, os garantidores. Este grupo de pessoas tem uma relação especial de proteção com o bem juridicamente tutelado e por isso, tem obrigação de impedir resultados lesivos.<sup>4</sup>

Segundo a doutrina de Juarez Tavares<sup>5</sup>, os crimes de omissão imprópria são crimes de omissão qualificada - porque os garantidores, possuem uma qualidade específica. Para que uma pessoa responda pelo crime de omissão imprópria, deve haver uma vinculação especial do sujeito com a vítima, que torne aquele garantidor desta. Sendo garantidor, o agente passa a ter a obrigação de agir para evitar a ocorrência de danos à pessoa que ele tem o dever de proteger. Caso o garantidor descumpra com a sua obrigação de agir e não impeça o processo causal que acarrete dano à vítima, responde como se o tivesse causado.<sup>6</sup>

Em suma, o garantidor é o sujeito que, por se relacionar de forma especial com a vítima, tem o dever de agir para evitar o dano. Segundo Bittencourt,<sup>7</sup> os garantidores devem “em primeiro lugar, logicamente, abster-se de praticar uma conduta que o lese, como qualquer outro; em segundo lugar, devem também agir para evitar que outros processos causais possam ocasionar algum dano”.

A omissão imprópria é considerada uma omissão mais grave, em razão da obrigação de proteção que o agente garantidor tem com a vítima. Visando punir com mais rigor condutas com maior reprovabilidade, o Código Penal estabelece, em seu artigo 13, §2, que o garantidor responde pelo resultado que ocorre com a vítima, ao invés de pela conduta omissiva. Por este motivo, a doutrina classifica o art. 13, §2 como uma cláusula de equivalência, ou de adequação

---

<sup>3</sup> BITTENCOURT, op. cit., p. 301 -302.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 302 -303.

<sup>5</sup> TAVAREZ, Juarez. *As Controvérsias em Torno dos Crimes Omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 65.

<sup>6</sup> BITTENCOURT, op. cit., p. 305.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 305.



típica da norma. É uma cláusula de equivalência porque permite que o garantidor responda por uma conduta ativa, quando na verdade, não realizou qualquer ação. Em outras palavras, o agente não pratica o fato que deu origem ao resultado, mas responde como se o tivesse praticado, por ter permanecido inerte. Assim, a omissão imprópria possibilita que os limites do tipo penal se estendem para alcançar a pessoa que se omite, contrariando seu dever legal ou contratual de vigilância e cuidado.

O art. 13, §2, alíneas a - c do Código Penal estabelecem quem são os garantidores. O dever de agir para evitar o resultado incube a quem (i) tenha a obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância; (ii) de outra forma, assuma a responsabilidade de impedir o resultado; ou (iii) com o comportamento anterior, crie o risco da ocorrência do resultado.

A primeira hipótese descrita na norma penal é a do dever legal. Ocorre quando uma lei prevê que determinada pessoa tem o dever específico de proteção ou vigilância perante outra, como por exemplo, um médico. O médico tem uma obrigação legal de socorrer vítimas para evitar danos, e assim, assume a posição de garantidor. Caso um médico deixe de socorrer uma vítima em situação de perigo e ela morra, ele não responde pela mera omissão de socorro – como ocorreria com cidadãos comuns – ele responde pelo resultado morte, ou seja, responde por homicídio.

A segunda hipótese trata de pessoas que assumem uma responsabilidade de proteção que não decorre da lei. Durante muito tempo, se deu como exemplo o dever contratual. Contudo, não significa que o contrato esgote todas as possibilidades de assunção de responsabilidade. O que importa neste caso, é o sujeito ter se comprometido, de forma voluntária, a impedir o resultado danoso, ainda que transitoriamente. Um exemplo é a pessoa que se oferece para cuidar do filho da vizinha, enquanto a vizinha vai a uma festa. Neste caso, ao assumir o compromisso de cuidar da criança, ela se torna garantidora, não por força de lei nem contrato, mas por assunção de responsabilidade.

A terceira e última hipótese se refere a pessoa que com um comportamento anterior, cria o risco da ocorrência do resultado. Neste caso, o sujeito, por meio de ação ou omissão, dá origem a uma situação de risco ou então agrava uma situação de risco que já existia. A lei então o coloca em posição de garantidor, obrigando-o impedir que a situação de perigo por ele criado resulte em um dano efetivo. Um exemplo é a pessoa que coloca um vidro de remédio ao alcance de uma criança, que passa mal ao ingeri-lo. Se neste caso, se o agente vê a criança passando mal, e não a



socorre, ele se omite na obrigação de agir que lhe foi incumbida em detrimento da sua conduta anterior (deixar o remédio na mesa). Caso a criança morra, ele responde por homicídio.<sup>8</sup>

Assim, um sujeito vai ser considerado garantidor quando se enquadrar em uma das três hipóteses supracitadas. Contudo, para responder pelo resultado, o garantidor também precisa se enquadrar nos pressupostos legais descritos no art. 13, §2 do Código Penal. São eles: (i) poder de agir; (ii) evitabilidade do resultado; e (iii) dever de impedir o resultado. Estes três pressupostos devem ser atendidos cumulativamente.

O primeiro pressuposto se refere à possibilidade física de agir para evitar o resultado. Só é possível dizer que o sujeito não agiu voluntariamente se ele efetivamente tinha condições de agir. Neste sentido, não se pode falar em omissão quando falta ao agente a vontade de se omitir, seja essa vontade dolosa ou culposa.

O segundo pressuposto diz respeito a evitabilidade do resultado. Então, além de ter a possibilidade física de agir, deve-se verificar se o resultado teria ocorrido ainda que o agente realizasse a conduta esperada. Se a ação do agente não era capaz de impedir o resultado, a conclusão lógica é que a omissão do agente não deu causa ao resultado. Portanto, ausente o pressuposto da evitabilidade do resultado, o agente não responde.

O terceiro e último pressuposto é o dever do agente de impedir o resultado. Isso porque, ainda que o sujeito pudesse agir (fisicamente) e ainda que sua ação tivesse o poder de impedir o resultado, deve-se verificar se o sujeito tem o dever de evitar o resultado, ou seja, se ele é garantidor da não ocorrência do resultado. Caso ele não seja garantidor, responde no máximo pela omissão. Caso seja garantidor, responde pelo resultado.<sup>9</sup>

De tal modo, para que qualquer pessoa responda pelo crime de omissão imprópria, deve estar dentro de uma das três hipóteses para ser considerado garantidor, além de preencher os pressupostos legais.

Existem figuras que são exemplos tradicionais de garantidores, como o médico, os pais, ou qualquer pessoa que se encarregue de cuidar de uma criança ou pessoa relativamente incapaz por tempo determinado. Com relação à essas pessoas, não há qualquer dúvida acerca da responsabilidade penal, caso ocorra algum dano. Contudo, com a evolução da sociedade, surgem novas figuras que deixam dúvida acerca do enquadramento como garantidor e da consequente

---

<sup>8</sup> Ibidem, p. 304-306

<sup>9</sup> Ibidem, p. 303-304





responsabilidade penal por omissão imprópria. Uma delas é o *compliance officer*, pessoa responsável por implementar programas de *compliance* nas empresas. O que se indaga é se, diante dos deveres que o *compliance officer* assume, ele poderia ser considerado garantidor dos crimes que ocorrem durante sua gestão. Para chegar a uma conclusão, é necessário fazer uma análise dos programas de *criminal compliance*, e da posição que o *compliance officer* ocupa dentro de uma empresa, a fim de criar parâmetros a respeito de sua responsabilidade penal.

## 2. DOS PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE* E OS DEVERES DO *COMPLIANCE OFFICER*

Diante do cenário de expansão de crimes econômicos, também chamados de crimes de “colarinho banco”, há uma notória tenência nacional e internacional de combate às fraudes dentro de empresas. Com a evolução das investigações criminais envolvendo esses delitos de maior complexidade, a prática de crimes econômicos no ambiente corporativo veio ganhando notoriedade.

Em razão de problemas relacionados à corrupção, a transparência tem sido uma das maiores exigências da sociedade com as empresas, especialmente do ponto de vista de investidores. Com o aumento desta cobrança, as empresas estão se utilizando cada vez mais das práticas de boa governança, para demonstrar o compromisso com a ética. Neste contexto, surge a ideia de *compliance*.<sup>10</sup>

A palavra *compliance* significa conformidade. Em inglês, a palavra deriva do verbo “*comply*”, que tem sentido de cumprir com alguma coisa. Em sua forma abstrata, a palavra *compliance* é meramente relacional, ou seja, algo/alguém em conformidade com algo/alguém. Em sua forma específica, o termo foi apropriado por diversos campos, tendo um especial destaque na esfera empresarial.

No contexto empresarial, *compliance* é um conjunto de diretrizes que tem como finalidade garantir que as pessoas envolvidas na atividade da empresa ajam conforme as normas legais, regulamentos internos e externos e códigos de ética. A intenção é que, ao agir em

---

<sup>10</sup> LEGAL ETHICS COMPLIANCE (LEC). *Governança Corporativa e Compliance: Entenda as Diferenças*. Disponível em <<https://lec.com.br/blog/governanca-corporativa-e-compliance-entenda-as-diferencas/>>. Acesso em: 16 mai. 2020.



conformidade com as obrigações estabelecidas em normas de comportamento ético e outras leis que regulam o setor da atividade específica, se diminua o risco de a empresa ser sancionada pela administração pública, mantendo a sua boa reputação.<sup>11</sup>

Com objetivo de impedir a prática de condutas ainda mais danosas no ambiente empresarial e sujeitas à sanção penal, o legislador elaborou regras mais específicas de *compliance* que constituem o chamado *criminal compliance*. Trata-se de regras voltadas especificamente para impedir a prática de condutas criminosas dentro do âmbito empresarial.<sup>12</sup> O que se pretende, é estabelecer regras de conduta e transparência, para evitar eventuais prejuízos para a empresa em si e para terceiros, vítimas dos crimes.

De acordo com Camila Rodrigues Forigo<sup>13</sup>, os programas de *criminal compliance* devem prever uma auditoria interna, com objetivo de verificar a legitimidade dos negócios jurídicos e manter um sistema de análise de risco. Ainda é essencial que a auditoria interna tenha um serviço de recebimento e apuração de denúncias. Esses incentivos à colaboração do particular na prevenção da criminalidade econômica integra um fenômeno conhecido como autorregulação regulada.<sup>14</sup> Significa que por meio dos programas de *criminal compliance*, o Estado conta com a colaboração do particular para elaborar normas que previnem a prática de crimes.<sup>15</sup>

Montiel, citado por Camila Rodrigues Forigo<sup>16</sup>, afirma que esses programas devem ser mecanismos organizacionais que “i) informam e motivam os empregados a comportar-se de acordo com a lei; ii) detectam transgressões ou recompensam comportamentos mediante avanços ou promoções; e iii) sancionam aqueles que cometeram algum ilícito”.

Com a instalação de programas de *criminal compliance*, como forma de transparência e demonstração de boa governança corporativa, surge a figura do *compliance officer*.

O *compliance officer* é responsável por um dos papéis mais importantes dentro de uma empresa. A sua atividade não é especificamente a de fiscalizar, mas de agir como agente

---

<sup>11</sup> DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 60.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>13</sup> FORIGO, Camila Rodrigues. O Criminal Compliance e a Autorregulação Regulada: Privatização no Controle à Criminalidade Econômica. In: MARIA SOBRINHO, Fernando Martins. *Direito penal econômico: administrativização do Direito Penal, criminal, compliance e outros temas contemporâneos*. Londrina: Thoth, 2017, p. 29.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p.30.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p.31.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p.35.



promotor da integridade na organização. Nas palavras de Christian Karl de Lamboy, Giulia Pappalardo Risegato e Marcelo de Aguiar Coimbra, em obra conjunta, o *compliance officer* “[...] participa da estruturação, supervisiona o canal de denúncias, acompanha as investigações, elabora relatórios e é responsável pela gestão do programa de *compliance* desde o treinamento.”<sup>17</sup> O seu papel principal é a defesa de normas e convenções de organização, devendo defender essas diretrizes até mesmo contra os níveis superiores da empresa.<sup>18</sup>

Evidente que a atuação do *compliance officer* dentro da organização empresarial vai levar em conta os aspectos individuais de cada empresa como o porte, número de funcionários e o ramo da atividade realizada. Mas, independentemente das especificidades de determinada estrutura corporativa, é indispensável que o *compliance officer* tenha, dentro daquele ambiente, acesso a todos os documentos e informações de maior importância. Mais que isso, ele deve poder se comunicar diretamente com todos os membros responsáveis por todos os departamentos que fazem parte da estrutura corporativa, tendo amplo conhecimento da atividade por eles desenvolvida. O *compliance officer* precisa de ferramentas e informações para conseguir captar ilegalidades em qualquer setor. Identificando qualquer fato suspeito, este deve ser informado e corrigido, para evitar a ocorrência de crimes.<sup>19</sup>

Conforme se observa, o papel o *compliance officer* vai além de proteger os interesses da empresa, cabendo a ele informar a prática de fraudes e assim, evitar os riscos que possam eventualmente prejudicar terceiros, vítimas de crimes. Como o *compliance officer* tem a obrigação de agir para proteger eventuais vítimas de crimes, surge a dúvida se ele pode responder pelo crime de omissão imprópria, sendo considerado garantidor.

A princípio, a responsabilidade e o dever de evitar atos lesivos dentro de uma empresa recai sobre os superiores hierárquicos.<sup>20</sup> Mas, a partir do momento em que se contrata uma pessoa para gerir e garantir a eficácia do programa de *criminal compliance*, surge a dúvida se ele pode, por delegação, assumir a condição de garantidor. Caso algum empresário cometa um crime durante a gestão do *compliance officer*, ele, que tem o dever de evitar a prática de crimes no

---

<sup>17</sup> DE LAMBOY, Christian Karl (Coord.) *Manual de Compliance*. São Paulo: Via Ética, 2018, p. 43.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 44-49.

<sup>20</sup> ESPÍRITO SANTO, Ricardo. *A posição do Compliance Officer na estrutura dogmática da omissão imprópria*. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/498798074/a-posicao-do-compliance-officer-na-estrutura-dogmatica-da-omissao-impropria>>. Acesso em: 2 mai. 2020.



ambiente corporativo, pode ser responsabilizado pelo resultado lesivo, nos termos do 13, §2 do Código Penal?

### 3. DA RESPONSABILIDADE DO *COMPLIANCE OFFICER* PELOS CRIMES DE OMISSÃO IMPRÓPRIA

De forma geral, não existe uma previsão expressa na legislação brasileira acerca da responsabilidade penal da pessoa que assume a gestão do *criminal compliance* dentro de uma empresa. Contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF) teve a oportunidade de julgar a responsabilidade penal de um *compliance officer* na Ação Penal 470<sup>21</sup>, manifestando seu entendimento a respeito da possibilidade de enquadrar um *compliance officer* como garantidor, nos termos do art. 13, §2 do Código Penal<sup>22</sup>.

A Ação Penal 470, que ficou conhecida como o caso do “Mensalão”, ganhou evidência no âmbito dos crimes relacionado à desvio e lavagem de dinheiro. O julgamento teve como objeto um esquema de desvio de dinheiro público organizado por membros do Partido dos Trabalhadores (PT). Conforme apurado nas investigações, os membros do PT desviaram dinheiro público para realização de pagamento mensal à deputados federais, em troca de votos favoráveis à projetos do governo. A denúncia dos supostos envolvidos foi recebida em 2007, e o processo se estendeu até 2011 no STF, com o julgamento de 38 réus.<sup>23</sup>

Dentre os diversos crimes julgados, foi analisada a prática do crime de gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro, cometido por três dirigentes do Banco Rural. Os dirigentes foram acusados de conceder e renovar empréstimos fictícios, para financiar o esquema ilícito de compra de votos, e de utilizarem artifícios fraudulentos para encobertar os empréstimos.

Ao final do processo, ficou provado que os empréstimos em questão não eram operações bancárias típicas, e sim, contratos elaborados para justificar o financiamento do esquema ilícito.<sup>24</sup>

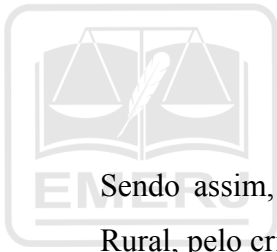
---

<sup>21</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *AP nº 470*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>> Acesso em: 2 mai. 2020.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>23</sup> BEZERRA, Juliana. *Mensalão*. Toda Matéria, 2018. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/mensalao/>>. Acesso em: 2 mai. 2020.

<sup>24</sup> MPF. *Mensalão*: Banco Rural foi palco dos crimes de gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro. Jusbrasil, 2012. Disponível em: <<https://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/100020354/mensalao-banco-rural-foi-palco-dos-crimes-de-gestao-fraudulenta-e-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em: 2 mai. 2020.



Sendo assim, o STF julgou procedente a Ação Penal 470 contra os três dirigentes do Banco Rural, pelo crime de gestão fraudulenta de instituição financeira.

Em seu voto pela condenação dos dirigentes, o ministro Celso de Mello destacou que o *compliance*<sup>25</sup>:

tem por objetivo possibilitar a implementação de rotinas e condutas, ajustadas às diretrizes normativas fundadas nas leis, atos e resoluções emanados do Banco Central, bem assim normas apoiadas nas deliberações emanadas da própria instituição financeira – há um controle externo, mas também há um controle interno – em ordem a viabilizar de modo integrado as boas práticas de governança corporativa e de gestão de riscos.

Após esclarecer o objetivo do *compliance*, o ministro afirmou que o comportamento dos dirigentes do Banco Rural à época da prática do crime, constitui “notável exemplo a ser evitado, a todo custo, de desrespeito patente, intencional, consciente às exigências impostas pelo dever de observância das boas práticas de *compliance*”.<sup>26</sup>

Dentre os três dirigentes, Vinicius Samarane era considerado o *compliance officer* do Banco Rural pois, segundo registros, ele teria sido nomeado diretor de controle interno do banco em 2002, passando a ser diretor estatutário de controle interno e *compliance* em 2004. As condutas praticadas por Vinicius Samarane, que incluem a produção de peças enganosas e a incorreta classificação de risco, foram classificadas pelo ministro Celso de Mello como medidas que frustram a função fiscalizadora do Banco Central, além conferir operacionalidade aos crimes praticados pelos agentes.<sup>27</sup>

Desta forma, Vinicius Samarane, considerado *compliance officer* do Banco Rural, foi condenado pelo STF por ação comissiva por omissão, ou seja, por crime de omissão imprópria. Segundo o entendimento do STF, ao assumir a função de *compliance officer*, Vinicius Samarane atraiu para si os deveres de vigilância e controle, o que o atribuiu a posição de garante.<sup>28</sup>

A conclusão que se chega é que, segundo o STF, é possível a responsabilização do *compliance officer* pelo crime de omissão imprópria. Contudo, é importante fazer uma ressalva. O simples fato de uma pessoa assumir a posição de *compliance officer* não faz com que,

---

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=217450>>. Acesso em: 2 mai. 2020.

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> PEIXOTO, Ariosto Mila. *Atribuições e Responsabilidades do Compliance Officer*. Portal de Licitação, 2018. Disponível em: <<http://portaldelicitacao.com.br/2019/artigos/atribuicoes-e-responsabilidades-do-compliance-officer-2/>> Acesso em: 2 mai. 2020.

<sup>28</sup> Ibidem.



automaticamente, responda por todos os crimes praticados no ambiente corporativo. O *compliance officer* não pode ser responsabilizado apenas por assumir a gestão do *criminal compliance*. Para tanto, é necessário que se analise todos os elementos do caso concreto para apurar o envolvimento do *compliance officer* no crime em questão.

No julgamento do Mensalão, ficou comprovado que o *compliance officer* do Banco Rural tinha conhecimento dos atos delituosos e não só se omitiu no dever de impedir tais práticas, como também participou de forma ativa, compactuando com elas. Por isso, foi possível reconhecer a responsabilidade do *compliance officer* neste caso específico.

Os parâmetros usados no julgamento do Mensalão demonstram que o crime de omissão imprópria não pode ser imputado de forma automática. Não se pode presumir que, ao ocupar uma posição dentro de uma empresa, uma pessoa assume por delegação a responsabilidade penal de todos os crimes praticados no ambiente empresarial. Concluir desta forma significa atribuir à essa pessoa uma responsabilidade penal objetiva, ou seja, independentemente de dolo ou culpa.<sup>29</sup>

Sendo assim, é preciso analisar com cautela a conduta do *compliance officer* diante dos crimes praticados no contexto empresarial para verificar a possibilidade de responsabilizá-lo. É necessário levar em conta os requisitos trazidos pelo código penal para enquadrar qualquer pessoa como garantidor. Somente cumprindo estes requisitos e ficando comprovado que o *compliance officer* agiu com dolo ou culpa, é que será possível a atribuição da responsabilidade comissiva por omissão.

Conforme já abordado, o art. 13, §2 do Código Penal considera garantidor aquele que (i) tenha a obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância; (ii) de outra forma, assuma a responsabilidade de impedir o resultado; ou (iii) com o comportamento anterior, crie o risco da ocorrência do resultado.<sup>30</sup> Dentre essas três hipóteses, o *compliance officer* poderia se enquadrar tanto na primeira, como na segunda.

A primeira hipótese seria aquela em que o *compliance officer* tem a obrigação legal de proteção ou vigilância. Um exemplo é a função desenvolvida pelo *compliance officer* no âmbito das instituições financeiras. Neste caso, a lei antilavagem,<sup>31</sup> estabelece em seu artigo 10º, inciso III, que as instituições financeiras deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos

---

<sup>29</sup> PEIXOTO, op.cit.

<sup>30</sup> BITTENCOURT, op. cit., p. 304-306.

<sup>31</sup> BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9613compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613compilado.htm)>. Acesso em: 2 mai. 2020.



para atender às obrigações de comunicação de operações financeiras, detalhadas no artigo 11 da mesma lei. De tal modo, o *compliance officer* que trabalhe dentro de uma instituição financeira terá as suas obrigações delimitadas por lei, e assim, assume a obrigação legal de proteção ou vigilância.

A segunda hipótese é aquela em que, embora não haja uma lei detalhando a função do *compliance officer* e estabelecendo suas obrigações dentro de um setor específico, o *compliance officer* assuma, por meio de contrato, a responsabilidade de impedir a ocorrência do resultado.

Estando enquadrado em uma dessas hipóteses, o *compliance officer* será considerado garantidor. Contudo, ele só responderá penalmente se preenchidos os pressupostos legais para configurar o crime de omissão imprópria. Então, o *compliance officer* deve ter o poder físico de agir para impedir o crime, e o resultado deve ser evitável. Além disso, deve haver dolo ou culpa na omissão.<sup>32</sup>

Portanto, embora seja certo que o *compliance officer* assume a posição de garantidor (seja por meio de lei ou contrato), sua responsabilidade jamais será objetiva.

## CONCLUSÃO

A notória tendência mundial para investigar e punir crimes econômicos, trouxe grande destaque às práticas ilícitas que ocorrem dentro do ambiente corporativo. No Brasil, especificamente, as condenações de diversos agentes empresariais nos últimos anos evidenciaram a importância da instituir um *criminal compliance* nas empresas.

Partindo desta premissa, a presente pesquisa teve como objetivo fazer uma análise acerca da responsabilidade criminal do *compliance officer*, pessoa encarregada de instituir o programa de *criminal compliance* e fiscalizar o seu andamento. Para tanto, foi feito um estudo a fim de determinar se o *compliance officer* pode ser considerado garantidor e assim, responder pelos crimes de omissão imprópria. Ao longo da pesquisa, foi possível chegar a algumas conclusões.

A primeira conclusão é de que, para ser considerado garantidor e responder pelo crime de omissão imprópria, o agente precisa se enquadrar em uma das hipóteses do o artigo 13, §2,

---

<sup>32</sup> BITTENCOURT, op. cit., p. 303-304.



alíneas a - c do Código Penal. Além disso, o agente deve ter o poder de agir no caso concreto, e o resultado deve ser evitável.

A segunda conclusão, que se dá a partir da análise dos deveres do *compliance officer*, é de que as obrigações do *compliance officer* vão além de proteger os interesses da empresa. Cabe a ele fiscalizar e informar a prática de fraudes e atos suspeitos para assim, evitar prejuízos a terceiros, vítimas de crimes.

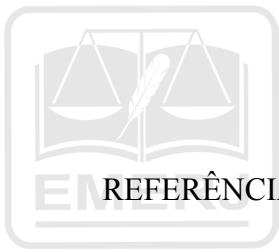
A terceira conclusão é de que o dever de agir para proteger vítimas de crimes faz com que o *compliance officer* possa ser considerado garantidor e responder por delitos de omissão imprópria, caso ocorra algum crime durante a sua gestão. Embora não exista previsão legal expressa acerca da responsabilidade penal da pessoa responsável pelo *criminal compliance*, o STF manifestou seu entendimento pela possibilidade de denunciar um *compliance officer* por omissão imprópria, na Ação Penal 470, mais conhecida como o caso “Mensalão”.

A quarta e última conclusão é de que, embora seja possível denunciar o *compliance officer* por omissão imprópria, o simples fato de uma pessoa assumir o cargo de oficial de *compliance*, não o torna automaticamente responsável pelos crimes que ocorrem durante a sua supervisão.

Para que o *compliance officer* responda por omissão imprópria, é imprescindível que se observe certos requisitos, que foram levados em conta no julgamento da Ação Penal 470. Primeiro, ele deve se encaixar no conceito de garantidor, nos termos do art. 13, §2, alíneas a – c do Código Penal. Ou seja, deve ter a obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância ou de outra forma, assumir a responsabilidade de impedir o resultado. Ainda, deve cumprir os pressupostos legais, também trazidos pelo art. 13, §2 do Código Penal, quais sejam, o poder de agir e a evitabilidade do resultado. Por fim, deve haver dolo ou culpa na omissão.

Esta pesquisa constatou, portanto, que o *compliance officer* assume a posição de garantidor, podendo ser responsabilizado pela prática de crimes no ambiente corporativo, vez que cabe a ele os deveres de proteção e fiscalização. Contudo, a condenação pela omissão imprópria não se dá de forma automática, devendo levar em conta os requisitos e pressupostos legais. A observância destes parâmetros é essencial para evitar que profissionais sejam colocados na função de *compliance officer* como uma forma de acobertar empresários pela prática de crimes, gerando uma responsabilidade objetiva pela mera ocupação de uma função.





## REFERÊNCIAS

BEZERRA, Juliana. *Mensalão*. Toda Matéria, 2018. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/mensalao/>>. Acesso em: 2 mai. 2020.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral* 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 2 mai. 2020

BRASIL. *Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9613compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613compilado.htm)>. Acesso em: 2 mai. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *AP no 470*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>> Acesso em: 2 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=217450>>. Acesso em: 2 mai. 2020.

DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

DE LAMBOY, Christian Karl (Coord.) *Manual de Compliance*. São Paulo: Via Ética, 2018.

ESPÍRITO SANTO, Ricardo. *A posição do Compliance Officer na estrutura dogmática da omissão imprópria*. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/498798074/a-posicao-do-compliance-officer-na-estrutura-dogmatica-da-omissao-impropria>>. Acesso em: 2 mai. 2020.

FORIGO, Camila Rodrigues. O Criminal Compliance e a Autorregulação Regulada: Privatização no Controle à Criminalidade Econômica. In: MARIA SOBRINHO, Fernando Martins. *Direito penal econômico: administrativização do Direito Penal, criminal, compliance e outros temas contemporâneos*. Londrina: Thoth, 2017.

LEGAL ETHICS COMPLIANCE (LEC). *Governança Corporativa e Compliance: Entenda as Diferenças*. Disponível em <<https://lec.com.br/blog/governanca-corporativa-e-compliance-entenda-as-diferencas/>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

MPF. *Mensalão*: Banco Rural foi palco dos crimes de gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro. Jusbrasil, 2012. Disponível em: <<https://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/100020354/mensalao-banco-rural-foi-palco-dos-crimes-de-gestao-fraudulenta-e-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em: 2 mai. 2020.



PEIXOTO, Ariosto Mila. *Atribuições e Responsabilidades do Compliance Officer*. Portal de Licitação, 2018. Disponível em: <<http://portaldelicitacao.com.br/2019/artigos/atribuicoes-e-responsabilidades-do-compliance-officer-2/>> Acesso em: 2 mai. 2020.

TAVAREZ. Juarez. *As Controvérsias em Torno dos Crimes Omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.



## ESTUPRO: VIOLÊNCIA FÍSICA E GRAVE AMEAÇA COMO CONDIÇÕES NÃO ESSENCIAIS PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO

Mariana de Athayde Ferreira

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Advogada.

**Resumo** – a essência deste trabalho é abordar os requisitos atuais necessários para a configuração do delito de estupro e demonstrar porque constituem elementos pouco razoáveis para auferir a ocorrência do crime. Defende-se que é necessária uma releitura do tipo penal, de modo que a violência e a grave ameaça não sejam mais circunstâncias que condicionem a existência do delito, mas que tão somente agravem a pena. Sustenta-se que a lei deve dar enfoque à falta de consentimento ao invés do modo de execução do crime, sendo necessário o aperfeiçoamento do art. 213 do Código Penal.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Violência sexual. Estupro.

**Sumário** - Introdução. 1. Violência e grave ameaça como elementares do delito de estupro. 2. O estupro sem violência física ou grave ameaça: o constrangimento por meio da violência psicológica e a falta de consentimento como elemento suficiente para caracterizar o delito. 3. A necessária releitura do art. 213 do Código Penal à luz de ordenamentos jurídicos internacionais e o novo delito de importunação sexual. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O tratamento concedido ao crime de estupro já sofreu diversas modificações desde a criação do atual Código Penal. Com o passar o tempo, a lei precisou sofrer adaptações para se adequar às constantes transformações da sociedade e de seus valores morais. Cada vez mais, a percepção desse crime se distancia de uma visão conservadora, conferindo maior amparo à dignidade sexual. No entanto, ainda não se atingiu a capacidade máxima de proteção desse bem jurídico.

Questiona-se os requisitos de tipicidade necessários para a configuração do delito de estupro, presentes no art. 213 do Código Penal. Procura-se demonstrar que a legislação se encontra petrificada pela visão de que o estupro só acontece mediante violência física ou grave ameaça e que essa premissa é irrazoável. A problemática central gira em torno do enfoque da conduta criminosa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não privilegia a falta de consentimento da vítima e sim os modos de execução do delito.

Nessa linha, os ordenamentos jurídicos internacionais já estão se adaptando à realidade: há estupro se houver sexo não consentido, independente do mecanismo utilizado pelo agressor para subjugar a vítima. O foco é a falta de consentimento ao invés dos modos de execução do crime. É necessário que se faça o mesmo com a legislação nacional.



Para demonstrar a necessidade de aperfeiçoamento da lei, inicia-se o primeiro capítulo abordando os requisitos essenciais para a configuração do estupro. O objetivo é expor o atual tratamento concedido ao delito pelo ordenamento jurídico pátrio, explicando minuciosamente cada uma das elementares essenciais à ocorrência do crime: a violência e a grave ameaça.

Demonstra-se, no segundo capítulo, que esses elementos não são razoáveis para limitar a tipificação do delito. Pretende-se evidenciar que os requisitos legais precisam ser reavaliados e que a falta de consentimento da vítima deve ser suficiente para tipificar a conduta criminosa, independentemente dos meios de execução.

O terceiro capítulo demonstra a plausibilidade da tese jurídica apresentada, realizando um diálogo com legislações internacionais. Por fim, explica-se porque o novo delito de importunação sexual acrescido ao ordenamento jurídico em 2018 não é adequado para as hipóteses nas quais o estupro ocorre sem violência ou grave ameaça, sendo a única solução possível a releitura do atual art. 213 do Código Penal.

A pesquisa será desenvolvida a partir da análise de casos, de modo que se exponha um conjunto de proposições hipotéticas e fáticas, capazes de demonstrar a necessidade de aprimoramento da lei. O objetivo é construir um raciocínio jurídico que evidencie a atual carência legislativa e torne possível a adequação da lei perante a realidade dos delitos contra a dignidade sexual.

## 1. VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA COMO ELEMENTARES DO DELITO DE ESTUPRO

A redação original do crime de estupro consistia em “constranger mulher a relação carnal, mediante violência ou grave ameaça. – Pena, reclusão de três a oito anos”. Desde então, o delito passou por diversas modificações legislativas. Dentre elas, a Lei nº 12.015/2009<sup>1</sup> unificou no art. 213 do Código Penal as figuras do estupro e do atentado ao violento ao pudor e a Lei nº 13.718/2018<sup>2</sup> alterou a redação do art. 225<sup>3</sup> do Código Penal, prevendo para o delito a ação penal pública incondicionada<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>BRASIL. *Lei nº 12.015* de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2020.

<sup>2</sup>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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2020.

<sup>3</sup>Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada. BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2020.

<sup>4</sup>Em outras palavras, significa que não mais se depende de representação da vítima, podendo o Ministério Público, diante das evidências de autoria e materialidade do delito, iniciar desde logo a persecução penal.



Hoje, o estupro consiste em “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”<sup>5</sup>. Com a reestruturação do tipo penal, percebe-se alguns avanços legislativos. Por exemplo, não se exige mais que a conduta seja feita contra pessoa do sexo feminino<sup>6</sup> e tampouco que o ato sexual consista na conjunção carnal propriamente dita, abarcando outros atos libidinosos<sup>7</sup>.

Ainda que a legislação tenha sofrido mudanças consideráveis ao longo dos anos, a lei se encontra engessada em relação aos requisitos necessários para a ocorrência do crime. Desde 1940, com a criação do atual Código Penal, nota-se a presença das elementares “violência” e “grave ameaça”. Esses termos trazem os requisitos imprescindíveis para enquadramento da conduta como estupro.

Primeiramente, cumpre-se esclarecer que para que qualquer tipo penal ocorra e permita-se a imputação criminosa, é necessária a presença da tipicidade, que consiste na subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei. Se a adequação entre conduta e previsão na lei não for perfeita, haverá atipicidade formal ou legal.

Assim, por mais que a conduta seja parecida com a previsão normativa, se a adequação daquela não encaixar perfeitamente nesta, não haverá tipicidade.<sup>8</sup> No caso do estupro, para que haja tipicidade e permita-se a imputação criminosa no delito do art. 213 do Código Penal, exige-se a ocorrência de violência ou grave ameaça como meio de constrangimento para a prática do ato sexual. Ausentes esses mecanismos de coerção da vítima, não há crime.

A grave ameaça - *vis compulsiva* - é aquele meio utilizado para produzir medo. Também chamada de violência moral<sup>9</sup>, trata-se de um mal que pode ser anunciado tanto contra a própria vítima quanto contra aquelas pessoas que lhe são próximas, desde que seja produzido o efeito

<sup>5</sup>Art. 213 do Código Penal. BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>6</sup> A nova redação do art. 213 do Código Penal considera ainda como estupro o constrangimento levado a efeito pelo agente no sentido de fazer com que a vítima, seja do sexo feminino ou mesmo do sexo masculino, pratique ou permita que com ela se pratique outro ato libidinoso”. GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2019, p. 840.

<sup>7</sup> “...na expressão outro ato libidinoso estão contidos todos os outros atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente.” Ibid.

<sup>8</sup> “Figurativamente, poderíamos exemplificar a tipicidade formal valendo-nos daqueles brinquedos educativos que tem por finalidade ativar a coordenação motora das crianças. Para essas crianças haveria tipicidade quando conseguissem colocar a figura do retângulo no lugar que lhe fora reservado no tabuleiro, da mesma maneira sucedendo com a esfera, a estrela, e o triângulo. Somente quando a figura móvel se adaptar ao local a ela destinado no tabuleiro é que se pode falar em tipicidade formal”. Idem. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 15 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 158.

<sup>9</sup> “O estupro é a obtenção da posse sexual da mulher por meio de violência física ou moral, ou seja, o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *APL: 0000745-75.2012.8.19.0059*. Relator: Cairo Italo Fraca David. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/371103754/apelacao-apl-7457520128190059-rio-de-janeiro-silva-jardim-j-vio-e-esp-adj-crim?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 mar. 2020.



psicológico de temor frente ao agente que promete o mal. Destaca-se que a ameaça que permite a tipificação do estupro não engloba somente aquela que anuncia mal injusto - como quando o agente diz que machucará a vítima se esta não colaborar -, mas também qualquer outro mal, desde que seja suficiente para coagir outra pessoa à prática do ato sexual.

Assim, na literatura moderna, Rogério Greco<sup>10</sup> explica que também configuraria ameaça “a hipótese daquele que, sabendo da infidelidade da vítima para com seu marido, a obriga a com ele também se relacionar sexualmente, sob pena de contar todo o fato ao outro cônjuge, que certamente dela se separará.” Mesmo nos manuais de direito penal mais antigos, a ameaça já era percebida de forma a englobar não somente o mal injusto, mas também a anunciação de qualquer outro mal que constrangesse a vítima a praticar o ato contra sua vontade. Neste sentido, explica Nelson Hungria<sup>11</sup> que também configuraria ameaça a atitude do agente de polícia que anulasse a resistência da vítima sob ameaça de denunciar crime que sabia que ela tinha praticado.

Em relação à elementar da violência, - *vis absoluta* – entendem a doutrina e jurisprudência que trata-se da força bruta que anula a resistência da vítima, impedindo sua reação frente ao agressor. Assim, desde a redação original do delito, conforme se observa pela subsequente passagem da obra clássica de Hungria<sup>12</sup>, a violência que caracteriza o delito de estupro sempre foi a violência física:

[...] o termo “violência” é usado pelo art. 213 no sentido restrito de emprego de força material. É o meio físico aplicado sobre a pessoa da vítima, para cercar sua liberdade externa ou sua faculdade de agir (ou não agir) segundo a própria vontade. É a violência que o direito romano chamava *vis corporalis* (*vis corporifflata*, *vis absoluta*), para distingui-la da exercida mediante intimidação, denominada *vis compulsiva* (*vis animo ũlata*, *vis conditionalis*, *metus*).

Até hoje os doutrinadores modernos, dentre eles Rogério Greco<sup>13</sup>, explicam que a violência mencionada no caput do art. 213 ainda faz referência estritamente ao uso da força física. Nesse sentido, para que haja tipicidade e a conduta do agente se encaixe na previsão legal, a violência praticada deve contemplar a força física capaz de diminuir a capacidade de resistência da vítima, levando à prática do ato libidinoso.

<sup>10</sup> GRECO, op. cit., 2019, p. 840.

<sup>11</sup> “Não se eximiria à acusação de estupro, por exemplo, o agente de polícia que anulasse a resistência da vítima sob ameaça de denunciar crime que sabia tenha ela praticado.” HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. V. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 111.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 109-110.

<sup>13</sup> “A violência diz respeito à *vis corporalis* ou *vis absoluta* que se traduz na utilização de força física no sentido de subjugar a vítima, para que com ela possa praticar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso”. GRECO, op. cit., 2019, p. 839.



Note-se que pela interpretação do art. 213 do Código Penal comete estupro quem se utiliza da violência ou ameaça para cometer o ato sexual, sendo o foco do legislador o meio coercitivo utilizado pelo agente. Não há menção expressa à falta de consentimento da vítima, que é entendida implicitamente. Assim, não só a falta de anuência da vítima é vista como um elemento implícito, como também não é suficiente para, isoladamente, caracterizar o delito. É necessário, portanto, que a ausência de consentimento venha acompanhada da violência física ou da grave ameaça. Caso contrário, não há estupro.

O problema é que a força bruta e a grave ameaça não são os únicos meios de subjugar alguém à prática de um ato sexual não consentido. É possível que o agente não faça uso desses mecanismos para constranger a vítima à prática do ato sexual, mas se valha de outros meios capazes de subjugar-lá. Nesse cenário, o único elemento que resta do art. 213 do Código Penal é o elemento implícito da falta de consentimento que, sozinho, não é suficiente para caracterizar o crime.

Note-se que são cometidos dois equívocos pelo legislador. Primeiro, desconsidera-se as hipóteses nas quais o agressor se vale, não da violência física e tampouco da grave ameaça, mas de outros meios maliciosos para subjugar a vítima. Segundo, dá-se enfoque ao meio coercitivo utilizado para cometer o crime ao invés de privilegiar aquilo que efetivamente separa o sexo consentido do delito estupro: a falta de consentimento.

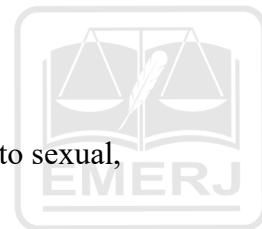
Isso acontece porque, quando se fala em estupro, a imagem é de uma vítima agredida brutalmente ou ameaçada, que se debate e grita por socorro, reagindo agressiva e fisicamente à presença de seu agressor. Ao final, incapaz de medir forças com o estuprador, ela é violentada. Essa não é, no entanto, a única possibilidade.

Assim, é possível que uma esposa deixe de reagir agressivamente ao toque do marido quando já sofreu maus tratos desde o casamento.<sup>14</sup> Baseada em agressões anteriores, ela teme pela sua vida, integridade física e pela segurança das crianças que estão na casa. Ela tem medo de reagir fisicamente, limitando-se a expressar sua falta de consentimento quanto ao ato sexual.

Do mesmo modo, é plausível que uma mulher tenha sua reação física inibida pelo medo ou choque diante de um invasor que ingressa em seu quarto no meio da noite e inicia carícias não consentidas em suas partes íntimas.<sup>15</sup> Se a única reação da vítima consistir na sua

<sup>14</sup> A jurisprudência pátria já reconhece, acertadamente, que é possível ocorrer estupro no matrimônio. BRASIL. Tribunal e Justiça do Rio de Janeiro. *APL n° 0024483-39.2004.8.19.0038*. Relator: Desembargador Fernando Antonio de Almeida. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/382767238/apelacao-apl-244833920048190038-rio-de-janeiro-nova-iguacu-2-vara-criminal?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>15</sup> Este é um caso real, no qual um hóspede da família abusou da jovem que morava na casa. O juízo de primeiro grau condenou o réu por restar comprovado que houve relação sexual não consentida e que este estava mentindo, mas em sede de apelação o tribunal optou pela absolvição sob a justificativa de que não havia comprovação de



inequívoca objeção verbal - sem reagir fisicamente – e mesmo assim consuma-se o ato sexual, há estupro? O próximo capítulo se propõe a comprovar que sim.

## 2. O ESTUPRO SEM VIOLÊNCIA FÍSICA OU GRAVE AMEAÇA: O CONSTRANGIMENTO POR MEIO DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA E A FALTA DE CONSENTIMENTO COMO ELEMENTO SUFICIENTE PARA CARACTERIZAR O DELITO

Imagine-se uma situação na qual o agente inicia carícias no corpo da vítima, sem proferir ameaças e tampouco restringir seus movimentos com força bruta. A vítima então demonstra sua objeção ao ato sexual. Mesmo diante da expressa falta de consentimento, o agente insiste na prática do ato, o que deixa a vítima com apenas duas opções: deixar-se dominar pelo agressor ou revidar agressivamente e tentar fugir.

A primeira opção, na qual a vítima se subjeta à vontade do agressor, resultará na prática de um ato sexual com o qual ela não anuiu, sem violência física ou grave ameaça como meios coercitivos. A segunda opção, na qual ela reage agressivamente, poderá libertá-la, supondo que obtenha êxito em sua fuga. No entanto, essa segunda opção também pode desencadear a violência física por parte do agressor e, na pior das hipóteses, levá-la à morte. A diferença é que, consumado o ato sexual, somente no segundo caso haveria o estupro tal como prevê a lei atualmente.

Isso porque, tendo o agente iniciado o delito sem fazer uso da violência física ou da ameaça, exige-se da vítima que resista agressivamente, para que esteja enfim caracterizada a “violência” do art. 213 do Código Penal. Caso a vítima demonstre sua inequívoca objeção ao ato sexual, mas se mantenha inerte, porque teme pela sua integridade física ou pela própria vida, ausentes os elementos da força bruta e da grave ameaça, não há tipicidade.

A visão equivocada de que a falta de consentimento, por si só, não é capaz de caracterizar o delito de estupro, faz com que se exija da vítima a postura agressiva frente ao agressor. Para reforçar essa ideia, Hungria, representando a visão majoritária da doutrina clássica, narra uma das histórias de Sancho Pança<sup>16</sup>:

---

violência física ou ameaça. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *APL n° 70076979756*. Relator: Vanderlei Teresinha Tremia Kubiak. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643895575/apelacao-crime-acr-70076979756-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>16</sup> Sancho Pança é um personagem do livro *Don Quixote de la Mancha*, de Miguel de Cervantes. Atua como um personagem contraste ao personagem principal, o próprio Dom Quixote.



certa vez, na audiência de Sancho, entrou uma mulher que, trazendo consigo um homem pela gola, bradava: - Justiça! Justiça, senhor governador! Se não a encontro na Terra, irei buscá-la no céu. Este mau homem surpreendeu-me em pleno campo e abusou da minha fraqueza.

Negada formalmente a acusação, Sancho tomou ao acusado sua recheada bolsa de dinheiro e, a pretexto de reparação do mal, passou-a à querelante. Foi-se esta em grande satisfação, mas Sancho ordenou ao acusado que seguisse no seu enlaço, para retomar a bolsa. Em vão, porém tentou o homem reaver seu dinheiro e voltou de rosto agatanhado e a sangrar, confessando-se vencido. Então, fazendo a mulher restituir a bolsa, disse-lhe Sancho: Se tivesses defendido tua honra tão empenhadamente como vens de defender essa bolsa, jamais a teria perdido. Não passas de uma audaciosa ladra.

Essa passagem retrata o que a jurisprudência<sup>17</sup> espera ainda hoje da vítima de um estupro: que se defenda com veemência e agressividade. No entanto, como demonstrado, isso a coloca em maior perigo. Sendo certo que colocar a vítima em situação prejudicial não foi a intenção do legislador, está-se simplesmente diante de mais um cenário no qual há necessidade de ajustar a legislação de acordo com a realidade moderna.

Não se trata da crucificação da lei ou dos legisladores que redigiram o art. 213 do Código Penal no século passado, mas somente de mais uma atualização legislativa à luz da modernidade. Hoje, entende-se que há no estupro uma ameaça implícita, que resulta da própria situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima, à mercê do agressor – ou agressores. Pode-se dizer que a vítima é constrangida por uma violência que não é física e sim psicológica.

A ideia de uma violência diretamente ligada ao psicológico da vítima foi primeiramente explorada pela Lei Maria da Penha<sup>18</sup>. Apesar de ser um grande avanço legislativo, a lei se limita a tratar da violência psicológica no âmbito familiar e, ainda, separada da violência sexual. O que se propõe agora é que sejam considerados os casos nos quais aquela pode servir como meio coercitivo desta e que este tipo de violência possa ocorrer para além do ambiente doméstico.

Por “violência psicológica” deve-se compreender toda espécie de atitude, que não a física, capaz de forçar outrem a praticar ou permitir que seja praticado um ato com o qual não anuiu expressamente. Utilizada como mecanismo de coerção, é uma violência que beira o abuso, em um cenário no qual o agressor se aproveita da situação de vulnerabilidade da vítima para cometer atrocidades.

No estupro, a violência psicológica pode se manifestar de várias formas. Ela está presente desde situações nas quais o marido constrange a mulher a se submeter ao ato sexual

<sup>17</sup> “Ressalta-se que não é preciso que haja lesão corporal, bastando o emprego da força física que se contraponha à resistência da vítima.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *HC n° 81848/PE*, Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14748415/habeas-corpus-hc-81848-pe>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

<sup>18</sup> BRASIL. *Lei n° 11.340* de 07 de agosto de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2020.

sob a justificativa de um dever conjugal, tendo ela expressamente manifestado sua objeção, até aqueles cenários nos quais a vítima não reage porque está em choque ou tem medo de maior violência. Em qualquer caso, a violência psicológica decorre da própria situação de perigo iniciada pelo agressor e da posição vulnerável da vítima.

Submeter alguém a uma situação de perigo, expondo a pessoa a uma situação de extrema vulnerabilidade é, por si só, uma espécie de violência psicológica. A exposição ao perigo é tão danosa para o organismo humano que é cientificamente comprovado que fatores como o medo ou choque refletem na condição física, sendo capazes de paralisar o corpo. Trata-se de um episódio que os médicos chamam de imobilidade tônica ou paralisia traumática<sup>19</sup>, no qual o mecanismo de defesa do corpo é involuntariamente desativado.

Nessa linha, um artigo científico<sup>20</sup> publicado em 2017 pela revista sueca *Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica* compara essa situação a um estado catatônico com hiper ou hipotonicidade muscular, tremor, falta de vocalização, analgesia e falta de resposta relativa aos estímulos externos. Esse artigo resultou de um estudo psiquiátrico envolvendo mulheres vítimas de estupro, no qual um total de 69,8% das mulheres relatou ter apresentado imobilidade tônica significativa durante o ataque, quase metade (47,7%) relatou imobilidade tônica extrema, e oito (81,1%) em 10 mulheres relataram ter sentido medo significativo durante a agressão. Explicam os autores:

legalmente, os tribunais podem estar inclinados a descartar a noção de estupro, já que a vítima parece não ter resistido. Na verdade, o que pode ser interpretado como um consentimento passivo provavelmente representa reações biológicas normais e esperadas a uma ameaça extrema.

Depreende-se desse estudo que uma pessoa pode sofrer paralisia motora devido ao medo extremo quando submetida a um cenário de violação sexual. Conclui-se, portanto, que subjugar alguém a uma situação na qual há iminência de estupro é tão grave que não é necessário que o agente se utilize de agressão física ou ameaça para causar temor. A vulnerabilidade da vítima – à mercê do agressor – é, por si só, uma espécie de violência. Só que, nesse caso, ela é

---

<sup>19</sup> A Dra. Helena Moura, psiquiatra, explica: “assim que o perigo é percebido, há intensa liberação de adrenalina, dando mais energia e força para o corpo reagir — seja correndo, nadando, seja lutando contra a ameaça. Em alguns casos, contudo, o organismo, mesmo repleto de adrenalina, não reage. No mundo animal, seria o equivalente ao fingir-se de morto — uma tentativa de fazer o predador perder o interesse pela caça.” UAI. *Medo que congela*: entenda o que faz o organismo "travar" diante de ameaça. Disponível em: <<https://www.uai.com.br/app/noticia/saude/2016/10/20/noticias-saude,195114/medo-que-congela-entenda-o-que-faz-o-organismo-travar-diante-de-ame.shtml>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

<sup>20</sup> MÖLLER, Anna; SÖNDERGAARD; Hars Peter; HELSTRÖM, Lotti. *Tonic immobility during sexual assault: a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression*. Disponível em: <<https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/aogs.13174>>. Acesso em: 02 jun. 2020.



psicológica. Assim, em relação aos requisitos do art. 213 do Código Penal, está-se diante de um cenário no qual não há violência física ou ameaça, mas tão somente a falta de consentimento.

É preciso, portanto, privilegiar a falta de anuência de vítima, muito embora a ausência de consentimento e a negativa verbal como caracterizadores do estupro já tenham sido rechaçadas pela doutrina clássica. Para Hungria<sup>21</sup>, não bastaria uma platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal ou uma oposição passiva e inerte da vítima. Seria necessária “uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer”. Note-se, no entanto, que apesar de Nelson Hungria ter sido um dos mais importantes penalistas do Brasil, suas obras, assim como seus valores, pertencem ao século XX.

Percebe-se que a concepção de uma vítima que deve reagir agressivamente é uma herança no século passado, em um contexto no qual também se defendiam posições hoje já superadas. Hungria<sup>22</sup> chegou até mesmo a afirmar que uma mulher adulta não poderia ser fisicamente coagida por um homem à conjunção carnal, já que bastariam simplesmente “alguns movimentos da bacia para impedir a intromissão da verga”. Essa crença era pacífica na doutrina clássica, cuja posição pode ser sintetizada nas palavras de Hungria<sup>23</sup>:

realmente, se não há uma excepcional desproporção de forças em favor do homem, ou se a mulher não vem a perder os sentidos, ou a prostrar-se de fadiga, ou a ser inibida pelo receio de maior violência, poderá sempre esquivar-se ao coito pelo recurso do movimento dos flancos. De modo geral, pode afirmar-se que um só homem, sem outro recurso que as próprias forças, não conseguirá, ao mesmo tempo, tolher os movimentos defensivos da vítima - sendo esta adulta, normal e sã - e possuí-la sexualmente.

Note-se que Hungria chega a reconhecer a possibilidade de inibição física da vítima por medo de maior violência, mas não desenvolve a ideia. Seu raciocínio estava limitado pelo dogma predominante da época, segundo o qual uma mulher poderia se esquivar facilmente de seu agressor. Na verdade, foi essa mesma premissa que originou os atuais requisitos do art. 213 do Código Penal: se a concepção era de que a mulher poderia facilmente evitar a penetração através de mera contração muscular, então se justificaria a exigência de reação da vítima, que só poderia ser anulada por violência ou grave ameaça.

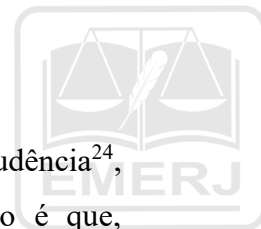
Ou seja, toda a tese do estupro como foi pensada desde a criação do atual Código Penal se justificava por esse conceito de que a mulher poderia facilmente evadir-se do ato sexual não

---

<sup>21</sup> HUNGRIA, op. cit., p. 107.

<sup>22</sup> Ibid., p. 112.

<sup>23</sup> Ibid., p. 112-113.



consentido. Na medida que essa premissa já foi superada atualmente pela jurisprudência<sup>24</sup>, aquelas que são sua mera consequência lógica não mais se sustentam. O fato é que, ultrapassados os dogmas clássicos, juntamente com seus equivocados conceitos morais e anatômicos, chega-se à única premissa possível: a falta de consentimento é o único elemento capaz de determinar se o sexo foi consentido ou não e o sexo não consentido sempre será estupro, independente do mecanismo de coerção.

### 3. A NECESSÁRIA RELEITURA DO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL À LUZ DE ORDENAMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E O NOVO DELITO DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

O art. 213 do Código Penal deve ser aprimorado. Assim, o delito de estupro se consumará quando o ato sexual ocorrer sem o consentimento da vítima, sendo a violência ou a grave ameaça fatores capazes de agravar a pena, mas não mais condições essenciais à ocorrência do crime. Essa mudança se mostra ainda mais necessária quando se estuda outros ordenamentos jurídicos. Por exemplo, em 2016, alterou-se a redação da seção 177 do Código Penal Alemão<sup>25</sup> para permitir que a negativa verbal da vítima fosse suficiente para mostrar inequívoca objeção ao ato sexual, sem que fosse necessária uma defesa agressiva.

Mesmo antes da reforma, na Alemanha, o delito de estupro já ocorria não somente por violência ou grave ameaça, mas também em uma terceira hipótese. Considerava-se que o agente poderia se aproveitar de uma situação na qual a vítima está desprotegida e a sua mercê como forma de ameaça implícita. Ainda assim, havia uma situação semelhante àquela que se enfrenta hoje no Brasil, na qual a mera falta de consentimento da vítima não era suficiente para criminalizar a conduta. Neste sentido, em um artigo<sup>26</sup> publicado no periódico jurídico da universidade de Cambridge a respeito da reforma legislativa alemã, a professora Tatjana Hörnle<sup>27</sup> explica:

---

<sup>24</sup> “Mostra-se absolutamente temerária a afirmação defensiva, com base em doutrina de 1659 de que não existe o crime de estupro, pois a resistência da mulher impediria a penetração do pênis na vagina”. BRASIL, op. cit., nota 14.

<sup>25</sup> Seção 177: Agressão Sexual, coerção sexual e estupro. ALEMANHA. *Código Penal Alemão*. Disponível em: <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html)>. Acesso em: 02 jun. 2020.

<sup>26</sup> HÖRNLE, Tatjana. *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/new-german-law-on-sexual-assault-and-sexual-harassment/C8FAD908DD7B6ECC28C6CF36BD9603BE>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

<sup>27</sup> A professora Tatjana Hörnle é atualmente diretora do departamento criminal no instituto Max Planck para o Estudo de Crimes, Segurança e Direito na Alemanha e membra da Academia de Ciências de Berlim.



[...] eram protegidas somente aquelas vítimas coagidas por meio de violência, ameaças à vida ou ao corpo ou então aquelas que temiam lesões corporais e que, nesse contexto, não tinham a menor chance de escapar ou pedir ajuda. Para vítimas que eram pegas de surpresa ou que diziam “não”, mas não conseguiam reagir com hostilidade para escapar, dizia-se que nenhum crime havia sido cometido contra elas.<sup>28</sup>

Diante da evidente carência legislativa, um estudo feito por organizações alemãs que prestam assistência às vítimas de estupro reuniu vários casos nos quais juízes e promotores admitiam que uma agressão sexual havia ocorrido, mas que não era possível punir o acusado de acordo com a lei. Ou seja, percebia-se o delito sexual, mas tal como ocorre no Brasil os requisitos legais essenciais à ocorrência do delito impediam a subsunção do fato à norma e não havia tipicidade para embasar a condenação. A partir de então, o Instituto Alemão de Direitos Humanos organizou campanhas públicas em favor da modificação legislativa.

O equívoco legislativo se perpetuou até que a reforma eclodiu baseada na premissa de que “não é não”. Aperfeiçoou-se o delito de modo que o foco principal se tornou a falta de consentimento, ao invés da intimidação. Também se concluiu que exigir da vítima uma atitude específica frente à agressão sexual não era razoável. Enfim, prevaleceu que a mera negativa verbal ou qualquer outro ato que expresse inequívoca objeção já seria suficiente para que, caso o ato sexual ocorra, esteja caracterizado o delito.

Demonstrou-se que aquilo que separa sexo consentido do crime de estupro é justamente a objeção ao ato sexual e que as coerções por meio de violência ou ameaça são circunstâncias capazes apenas de agravar a pena. No caso da Alemanha, a deficiência legislativa era tão clara que a mudança foi aprovada no parlamento alemão sem um único voto em sentido contrário.

Essa é a tendência ao redor do mundo, principalmente na Europa, devido à Convenção de Istambul ou Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica. Ainda mais, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirma que o estupro deve ser tipificado como um crime cometido contra o consentimento de outrem e não como um delito que faz uso de violência ou ameaça. Argumenta-se que a questão central do estupro é o consentimento e que as leis devem ser interpretadas nesse sentido.<sup>29</sup>

Em 2018, a lei também mudou na Suécia, que passou a considerar como estupro o ato sexual praticado com uma pessoa que não consente. Na Islândia, o estupro abrange tanto o ato

---

<sup>28</sup> “It protected only those who were coerced by violence or threats for life and limb or who feared serious bodily injuries from the offender and had not even the slightest chance to escape or alarm others. Victims who were caught off guard, or did say no but did not show the highest degree of prudence and courage with regard to escape routes, were told that no criminal wrong had been done to them”. HÖRNLE, op. cit.

<sup>29</sup> HEINSKOU, Marie Brubik; SKILBREI, May-Len; STEFANSEN, Kari. *Rape in the Nordic Countries: Continuity and Change*. 1. ed. Nova Iorque: Routledge, 2020, [e-book].

sexual violento como também aquele que ocorre sem o consentimento de outrem. Em 2019, a Grécia também reconheceu que o estupro não ocorre somente quando há violência ou grave ameaça, mas essencialmente quando não há consentimento da vítima. Outros países como Reino Unido, Irlanda e Luxemburgo também seguem a mesma linha de raciocínio legislativo.

Para além da Europa, outras nações também aderem ao conceito de estupro baseado na falta de consentimento. No Canadá, a lei dá enfoque ao consentimento da vítima, mencionando o abuso de confiança como elemento do delito de estupro e exigindo ainda que uma pessoa tenha certeza de que a outra está a consentir com o ato sexual. Caso contrário, comete estupro.<sup>30</sup>

No Brasil, a lei não só desconhece a ausência de consentimento como elemento suficiente para caracterizar o estupro, como demanda da vítima uma atitude hostil frente ao agressor e continua a exigir violência e grave ameaça como formas de coerção. Nem sequer há a previsão que já constava do Código Penal Alemão desde o século passado de que o constrangimento pode se dar a partir uma situação na qual a vítima está desprotegida e à mercê do agressor, estando implícita a ameaça. A necessidade de reforma é, portanto, evidente.

É provável que esse posicionamento encontre oposição daqueles que optam por conceder uma solução mais simples: enquadrar o estupro cometido sem violência ou grave ameaça naquela conduta tipificada no art. 215-A<sup>31</sup> do Código Penal. Essa não é, no entanto, a solução adequada. Isso porque, quando se trata de delitos sexuais, é preciso diferenciar sob o ponto de vista da vítima o que seria um efetivo estupro, no qual a violação acontece em alto nível, e o que seria um mero importuno de conotação sexual.

O delito de importunação sexual constante do art. 215-A foi introduzido ao ordenamento brasileiro pela lei nº 13.718/2018<sup>32</sup> a partir de um evento no qual um homem ejaculou em uma mulher dentro de um ônibus. O delito é previsto para casos nos quais o agente satisfaz sua lascívia sozinho, sem encostar na vítima ou então quando o contato físico não é significativo o suficiente para ser considerado estupro, como a hipótese na qual o agente se aproveita da lotação no transporte público para pressionar contra a vítima sua ereção.

A partir do ponto de vista do nível de violação da vítima, há casos que não podem ser equiparados à hostilidade do crime de estupro e por isso recebem tratamento diferenciado. É necessário enxergar a linha tênue entre o delito de estupro e o delito de importunação sexual.

---

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave. BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>32</sup> BRASIL. *Lei 13.718* de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm)> Acesso em: 06 jul. 2020.



Para diferenciar um do outro, Rogério Greco<sup>33</sup> explica a partir de que ponto a conduta passa a ser classificada como estupro e qual seria o tipo de conduta que se enquadraria na hipótese do novo art. 215-A do Código Penal:

[...] os atos são praticados, como regra, pelo agente e nele próprio, pois caso fossem levados a efeito na vítima o fato se configuraria em outra infração penal, a exemplo do estupro. Assim, imagine-se a hipótese em que, no interior de um veículo coletivo, um homem perceba que uma mulher esteja vestida com uma saia e, valendo-se dessa situação, dela se aproxima e coloca as mãos entre as pernas da vítima, chegando à vagina. Nesse caso, não poderíamos falar, não somente, em importunação sexual, mas sim em crime de estupro.

Por isso, frisamos, se a vítima for tocada, dificilmente não haverá desclassificação para outra figura típica. Tudo dependerá da gravidade do fato.

Pode-se concluir que haverá importunação sexual somente diante da ausência de contato físico entre vítima e agressor ou caso esse contato físico seja muito sutil. Caso contrário, deve a conduta ser enquadrada como estupro. Por esse motivo, se a vítima for efetivamente violada – por meio de penetração ou molestarmento - o delito é aquele do art. 213 do Código Penal<sup>34</sup>. Portanto, não há que se falar em importunação sexual apenas porque estão ausentes a violência física ou a grave ameaça, já que a ocorrência concreta do estupro, conforme evidenciado nos capítulos anteriores, não depende desses dois elementos.

Enfim, é necessário se desvincular do modelo coercitivo que julga necessário que o ofensor realize a coação da vítima por meio de violência ou ameaça para que esteja caracterizado o estupro. É preciso haver aversão a um sistema que somente protege vítimas que revidavam o ataque com violência. Esse é o caminho para a efetiva proteção da dignidade sexual.

Será preciso remanejar os mecanismos probatórios<sup>35</sup> e estudar uma efetiva valoração da palavra da vítima que, muitas vezes, é a única prova da qual ela dispõe. No entanto, à luz das recentes mudanças nos mais diversos ordenamentos jurídicos internacionais, esses desafios não

<sup>33</sup> GRECO, op. cit., 2019, p. 879-880.

<sup>34</sup> Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>35</sup> Uma das sugestões é que a psicologia jurídica seja utilizada não somente como um mecanismo de apoio para vítimas de agressões sexuais, mas também como método de investigação. Alguns juízos já possuem um atendimento especializado para vítimas de estupro, realizando uma intervenção orientada para a redução dos sintomas de estresse pós-traumáticos e sofrimento psíquico. O que se pretende, além disso, é que a psicologia atue como uma forma de perícia capaz de pesar da tomada de decisões, como já ocorre no caso de violência sexual contra crianças e adolescentes. A palavra da vítima poderá ser valorada por um profissional capacitado em orientação comportamental e a força probatória do relato pessoal recairá na própria coerência deste e sua verossimilhança com o contexto dos autos. A análise será feita sob a percepção do profissional habilitado para avaliar o quadro clínico pós-traumático, podendo a conclusão do psicólogo designado ser tanto em favor da vítima quanto em favor do acusado.



são motivos suficientes para permitir o engessamento da lei. A sociedade é mutável e a lei deve sempre acompanhar a rapidez com a qual o ser humano desenvolve suas relações, incluindo os meios criminosos.

Haverá também obstáculos relacionados àqueles que eventualmente podem se opor à mudança. A professora Tatjana Hörnle menciona em seu artigo supracitado uma publicação no jornal *Die Zeit*<sup>36</sup>, que criticava a reforma baseada na falta de consentimento. O jornalista alemão sugeriu que o quarto se tornaria um lugar perigoso para o homem caso a simples negativa verbal fosse suficiente para caracterizar um estupro.

A afirmação de que a ausência de consentimento como caracterizador do estupro representa perigo para os homens apenas corrobora com a tese de que o consentimento não é levado em consideração por muitos. O “perigo” existe somente diante da falta de consentimento e só se sentem ameaçados aqueles que não respeitam e pretendem continuar não respeitando esse limite. Feitas essas considerações, é possível perceber porque o mundo já é um lugar muito perigoso para as mulheres.

## CONCLUSÃO

Este trabalho constatou, como problemática essencial, que o atual tratamento concedido ao delito de estupro pelo Código Penal é insuficiente. Os requisitos para aferição de tipicidade estão equivocados e, como consequência, não é possível proteger efetivamente o bem jurídico em questão, que é a dignidade sexual. Exigir a presença de violência física ou grave ameaça como condições necessárias para a ocorrência de estupro não é razoável por diversos motivos.

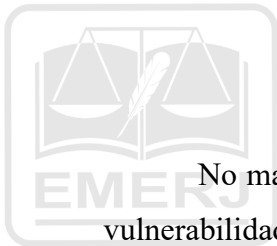
Esses requisitos exigem que a vítima reaja agressivamente frente ao seu agressor, naqueles casos onde este não inicia o ato sexual com violência ou ameaça e tampouco põe fim ao ato libidinoso diante da resistência. Essa situação coloca a vítima em uma situação de maior perigo. Não se pode exigir que, além de expressar sua objeção ao ato sexual, ela deva reagir agressivamente frente ao agressor para ter resguardado seu direito à dignidade sexual.

Além disso, não é sempre que a vítima conseguirá reagir fisicamente ao estupro. Isso porque é cientificamente comprovado que situações de perigo extremo submetem o corpo, involuntariamente, à um estado de imobilidade tônica ou paralisia traumática. Nesses casos, a ausência de anuência ou objeções expressas devem ser entendidas como falta de consentimento.

---

<sup>36</sup> Na tradução literal: “O tempo”.





No mais, é necessário considerar a ameaça implícita que deriva da própria situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima. Isso porque ela está a sós com um agressor contra o qual seria impossível medir forças e que, se quiser, pode machucá-la ou matá-la diante de qualquer reação diferente da submissão.

É preciso considerar um outro tipo de violência que pode ser um mecanismo de coerção capaz de subjugar a vítima à vontade do agressor e que pode se manifestar de diversas maneiras: a violência psicológica. Se não há consentimento, qualquer imposição para que outrem colabore com o ato sexual consiste em abuso, na qual o agressor se aproveita da sua posição privilegiada e da fragilidade da vítima – física ou psicológica - para constrangê-la.

Diante de inúmeros mecanismos dos quais dispõe o agressor para subjugar a vítima, fica claro que o enfoque dado ao delito de estupro está equivocado. Esse crime não pode ser delimitado pelo meio coercitivo utilizado pelo agente. O estupro deve ser caracterizado primordialmente pela falta de consentimento.

Para isso, é preciso se desprender da ideia de que a vítima de estupro é somente aquela mulher que é arrastada à força para um beco escuro por seu agressor, até então por ela desconhecido, para lá ser ameaçada ou forçada fisicamente a colaborar com o ato sexual. O estupro não é um crime simples e seu tratamento deve fazer jus à sua complexidade.

A vítima de estupro também é a mulher cujo marido se vê no pleno direito de violá-la contra sua vontade. Também é vítima aquela que é surpreendida por um parente em seu quarto no meio da noite, mas fica em choque e não é capaz de fugir ou então tem vergonha de reagir e depois ter que contar para o resto da família que o próprio tio a violentou.

Também comete estupro o namorado abusivo que, apesar da expressa falta de consentimento da namorada, insiste em praticar a conjunção carnal, persuadindo a vítima com ardil até conseguir consumir o ato sexual. Em todos esses casos não há consentimento e, apesar de não haver violência física ou grave ameaça, há estupro.

O fato de alguém se subjugar a um ato sexual não consentido não transforma a falta de consentimento em anuência. Significa que a vítima teme pelo que pode ocorrer se não se submeter à vontade do agressor ou que o choque da situação a impede de fazer qualquer outra coisa senão se entregar. É preciso dar enfoque àquilo que efetivamente separa sexo consentido do estupro: a falta de consentimento.

Levando em consideração todas as proposições fáticas e hipotéticas apresentadas durante o presente trabalho, a conclusão só pode ser de que a lei se equivocou ao tratar do ponto central do delito em questão. A atual redação do art. 213 do Código Penal se encontra ultrapassada. Por isso, modificações são imperativas, mas no âmbito jurídico essas mudanças

devem sempre ser esperadas. O Direito é uma ciência que se desenvolve a partir das mutações e anseios sociais e por isso é também uma eterna metamorfose.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Código Penal Alemão*. Disponível em: <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html)>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 04 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 04 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei de Crimes Hediondos*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 04 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei Maria da Penha*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 02 jun 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *APL: 0000745-75.2012.8.19.0059*. Relator: Cairo Italo Fraca David. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/371103754/apelacao-apl-7457520128190059-rio-de-janeiro-silva-jardim-j-vio-e-esp-adj-crim?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

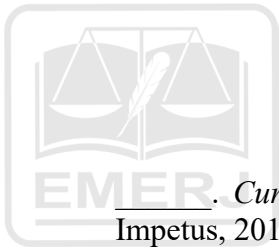
\_\_\_\_\_. Tribunal e Justiça do Rio de Janeiro. *APL nº 0024483-39.2004.8.19.0038*. Relator: Desembargador Fernando Antonio de Almeida. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/382767238/apelacao-apl-244833920048190038-rio-de-janeiro-nova-iguacu-2-vara-criminal?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *APL nº 70076979756*. Relator: Vanderlei Teresinha Tremia Kubiak. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643895575/apelacao-crime-acr-70076979756-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. STF, *HC nº 81848/PE*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14748415/habeas-corpus-hc-81848-pe>>. Acesso em: 03 jul. 2020

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RE nº 1.611.910 MT 2013/0249235-6*, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/677054934/beijo-roubado-e-crime-estupro-ou-importunacao-sexual>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.



. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HEINSKOU, Marie Brubik; SKILBREI, May-Len; STEFANSEN, Kari. *Rape in the Nordic Countries: Continuity and Change*. 1. ed. Nova Iorque: Routledge, 2020, [e-book].

HÖRNLE, Tatjana. *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*. Cambridge University Press, 2019. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/new-german-law-on-sexual-assault-and-sexualharassment/C8FAD908DD7B6ECC28C6CF36BD9603BE>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. 8. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MÖLLER, Anna; SÖNDERGAARD, Hars Peter; HELSTRÖM, Lotti. *Tonic immobility during sexual assault: a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression*. Disponível em: <<https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/aogs.13174>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

UAI. *Medo que congela*: entenda o que faz o organismo "travar" diante de ameaça. Disponível em: <<https://www.uai.com.br/app/noticia/saude/2016/10/20/noticias-saude,195114/medo-que-congela-entenda-o-que-faz-o-organismo-travar-diante-de-ame.shtml>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

## AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO CÚMULO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E PENAS

Mariana Hoff Amaro dos Santos

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo** – tradicionalmente, o Brasil adota a independência das instâncias civil, administrativa e penal. Esse sistema permite que ocorra a sobreposição de sanções aplicadas por essas esferas de poder que, salvo algumas exceções, não se comunicam. Assim, instala-se uma realidade jurídica de *bis in idem*, de forma que um mesmo fato pode ser punido mais de uma vez com sanções de naturezas distintas. O propósito do trabalho é criticar o distanciamento do poder de punir do Estado, analisando o tema a partir de uma decisão da jurisprudência europeia e sua possível correspondência com o ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave** – Independência de instâncias. Princípios constitucionais. Caso Menci.

**Sumário** – Introdução. 1. A independência hermética de instâncias e sua relação com o poder de punir do Estado. 2. O *ne bis in idem* como preceito limitador do cúmulo de sanções. 3. A necessária aplicação dos princípios penais ao direito administrativo sancionador. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema o cúmulo de sanções administrativas e penais sob o prisma dos princípios constitucionais e apresenta como objetivo precípuo a análise de uma possível violação de garantias fundamentais na hipótese de o mesmo fato ser punido em esferas estatais diferentes.

O ordenamento jurídico brasileiro adota a independência das instâncias, na qual as decisões tomadas em âmbito penal não interferem em outras proferidas na seara administrativa. Assim, percebe-se que o mesmo fato pode constituir crime e infração administrativa, tal como ocorre no direito ambiental, cujos crimes constam na Lei nº 9.605/1998 e cujas infrações não-penais aparecem no Decreto nº 6.514/2008.

Nesse contexto, essa divisão estanque começou a ser questionada nos tribunais europeus em razão da sua possível violação de direitos fundamentais. Assim, é possível notar na jurisprudência europeia uma tendência a não admitir em determinadas situações a punição do ilícito nas duas esferas sancionatórias, por um estar contido no outro.

Merece destaque o Caso Menci em que o Tribunal de Justiça da União Europeia avaliou a possibilidade de aplicação de sanção penal após o processo administrativo que já havia determinado uma punição pecuniária. O órgão julgador estabeleceu uma série de



condições a serem observadas com o intuito de evitar uma condenação exacerbada face à gravidade da infração.

Nesse sentido, faz-se oportuno trazer a discussão para o cenário brasileiro, que apresenta a tese persistente da rígida separação das instâncias, fazendo-se necessário, portanto, discutir limites constitucionais que coíbam a expressão de um poder punitivo desmedido.

Isto posto, o estudo foi elaborado a partir do método hipotético-dedutivo, uma vez que se objetiva resolver questões controvertidas apontadas como hipóteses na pesquisa. Assim, busca-se, por meio de uma metodologia do tipo bibliográfica e qualitativa, reunir um arcabouço doutrinário suficiente na fase exploratória que possibilite a análise das proposições apontadas.

De modo a rechaçar a possibilidade de a independência das instâncias penal e administrativa continuar sendo o paradigma a ser adotado pela jurisprudência e doutrina brasileira, intenta-se, no primeiro capítulo da pesquisa, defender por que seria inexorável uma nova leitura da autonomia das instâncias do poder repressivo do Estado, visando à adoção de uma interseção principiológica.

Em seguida, pretende-se determinar, no segundo capítulo, possíveis alternativas para cotejar as punições em duplicidade de modo a resguardar os direitos fundamentais do acusado à luz do estudo do Caso Menci. Parte-se da hipótese de que o duplo sancionamento por diferentes esferas do poder repressivo do Estado com base num único ato seria desproporcional ou excessivo frente à potencialidade lesiva de uma conduta.

Por fim, no terceiro capítulo, considerando a tese de o cúmulo de punições significar uma ofensa à proibição do excesso, busca-se apontar, inclusive, dispositivos legais que fundamentam as duas visões apresentadas, destacando aquela que permitiria a ponderação entre as duas instâncias, objetivando equilibrar as punições no âmbito do direito administrativo sancionador.

## 1. A INDEPENDÊNCIA HERMÉTICA DE INSTÂNCIAS E SUA RELAÇÃO COM O PODER DE PUNIR DO ESTADO

A independência de instâncias se norteia pelo princípio da separação dos poderes, princípio informativo do Estado de Direito. Assim, um mesmo fato pode caracterizar ilícito penal e administrativo, mas haverá uma bifurcação no seu julgamento, sendo um realizado pelo Poder Judiciário e o outro pelo Poder Executivo, respectivamente.

Essa divisão se justificaria porque cada esfera de poder se presta a tutelar diferentes bens jurídicos. Tanto é assim, que o ilícito penal chancela valores distintos do que o



administrativo. Numa análise apriorística, Silva Sánchez<sup>1</sup> aponta que não haveria razão para mitigar essa separação, tendo em vista que o direito penal e o direito administrativo sancionador perseguem diferentes finalidades.

Entre as aventadas razões para a separação independente de instância está a funcionalidade de cada instituto, revestindo-se a esfera punitiva administrativa de função preventiva, enquanto o direito penal aplicado pelo Poder Judiciário quando da persecução criminal desempenha um papel repressivo. Para Silva Sánchez<sup>2</sup>,

as teses clássicas distinguem entre ilícito penal e ilícito administrativo, atribuindo ao primeiro o caráter de lesão eticamente reprovável de um bem jurídico, enquanto o segundo seria um ato de desobediência ético-valorativamente neutro. Posteriormente, todavia, foi se consolidando como doutrina amplamente dominante a tese de diferenciação meramente quantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, segundo a qual o característico desse último é um menor conteúdo de injusto.

O Supremo Tribunal Federal adota expressamente esse paradigma em sua jurisprudência, como se pode extrair do trecho do MS 21.029-DF<sup>3</sup>, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

vê-se, desse modo, que as sanções penais e administrativas, qualificando-se como respostas autônomas do Estado à prática de atos ilícitos cometidos reciprocamente, tornando-se possível, em consequência, a imposição da punição disciplinar independentemente de prévia decisão penal. Esse entendimento da matéria, como já assinalado, tem prevalecido ao longo da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...]

No mesmo sentido, preconiza o art. 127 da Lei nº 8.112/90<sup>4</sup> que as sanções “poderão cumular-se, sendo independentes entre si”. Assim, conclui-se que, o cenário brasileiro atual se limita a empregar o entendimento consolidado sem maiores indagações para se manter a tese de que são duas formas de repressão que visam a objetivos distintos.

Em relação às infrações administrativas, frise-se que a Administração Pública atua de forma pulverizada. Isso exprime que, sobre um prisma horizontal, há diversos sistemas que compõem a atuação material da Administração, tais como ambiental, urbanístico, econômico, tributário etc. Daí se falar em núcleos fragmentados de atividade.

<sup>1</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silvia. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 21029-DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+21029%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+21029%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y6xtl9x8>>. Acesso em: 07 out. 2019.

<sup>4</sup> BRASIL. *Lei nº 8.112*, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020



Além disso, o direito administrativo sancionador demonstra sua extensão também quanto à multiplicidade de destinatários, sendo estes os próprios agentes públicos, cujo fundamento se encontra no poder disciplinar; ou os administrados, com base no poder de polícia.

Segundo Roxin<sup>5</sup>, a separação de instâncias visa justificar de forma frágil o duplo sancionamento. Primeiro, porque o direito penal não apresenta apenas uma função repressiva. Segundo, a análise deveria se pautar pelo princípio da subsidiariedade.

Para exemplificar, o autor alemão cita o ilícito cometido por um funcionário público no exercício de suas funções. Sendo o fato extremamente grave de modo a afetar toda a sociedade, tal como a corrupção passiva, a interferência do direito penal se faria necessária. Caso contrário, a sanção disciplinar interna desempenharia a função de responsabilizar o infrator.

No que toca à responsabilidade do servidor público, constata-se que a maioria das decisões da Corte Superior refere-se à viabilidade de prosseguir no processo administrativo disciplinar sem aguardar eventual decisão na esfera penal. Nesse sentido, não se pretende defender que o referido PAD não se inicie ou fique suspenso aguardando a decisão sobre o crime. Tal tese implicaria o enfraquecimento da separação dos poderes, corolário imprescindível para a manutenção da democracia.

No entanto, pondera-se se uma divisão tão hermética não se mostraria pouco eficiente para a realidade brasileira, sobretudo pela missão constitucional de garantias de direitos fundamentais e de contenção do poder punitivo do Estado.

Nessa linha, faz-se oportuno citar que, quando do julgamento do mandado de segurança nº 21.293-DF<sup>6</sup>, o Ministro Marco Aurélio proferiu voto divergente entendendo que:

a figura da transgressão administrativa aproxima-se da figura penal. Por isso, e tendo em vista que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal, não há falar da independência das instâncias administrativa e penal. (...) Há um dado relativamente à coincidência entre as figuras administrativa e penal. É que o dispositivo no qual o Impetrante foi enquadrado é o IV do artigo. 383 do Decreto nº 59.310. Então o que temos nesse inciso? – “ofensa física” – não se fala aqui em lesão – “em serviço contra funcionário ou particular” – aí vem um dado importantíssimo: “salvo em legítima defesa”, Ora, vamos admitir que a excludente de ilicitude seja definida por uma autoridade administrativa, aventando-se a

<sup>5</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I: Fundamentos*. La estructura de la teoria del delito. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Peña et al. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 74.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 21293*. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+21293%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+21293%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2jzgelb>>. Acesso em: 07 out. 2019.



possibilidade de, com a demanda penal e julgamento definitivo, haver repercussão no campo administrativo. Por isso digo que, no caso, a figura penal e a administrativa estão umbilicalmente ligadas. Há como que uma superposição, só que se jogou com palavras – ao invés de se cogitar de lesões corporais, apontou-se ofensa física, seguida da especificidade – em serviço.

Isto posto, o debate que se mostra inescusável não é apenas o de que um mesmo fato é passível de punição em duas instâncias diferentes de poder, mas que essas duas esferas têm contornos semelhantes quanto à sua maneira de punir. É inegável que o direito administrativo tem sido aparelhado de forma a atuar como um sistema punitivo próprio.

No mesmo ensejo, haveria também uma incongruência quando, no processo criminal, a pena a ser aplicada não implica limitação à liberdade, como as penas restritivas de direitos; ou ainda no que se refere aos efeitos secundários da pena, por vezes semelhantes às punições empregadas pelo direito administrativo sancionador. Haveria, portanto, a aplicação cumulativa de sanções de dois ramos de direito público de caráter punitivo, tendente a um *bis in idem*.

Por esse ângulo, uma mitigação importante a ser apontada pela jurisprudência é a hipótese de vinculação da seara penal caso haja sentença absolutória quanto à autoria e a materialidade do fato<sup>7</sup>. Desse modo, o acusado não poderá ser punido em âmbito disciplinar. Contudo, se a absolvição se verificar por outro motivo, é possível impor uma sanção na esfera administrativa. Da mesma forma, caso não haja condenação por insuficiência de provas ou por atipicidade, essa decisão não vincula.

Diante do todo o exposto, é forçoso reconhecer que o poder repressivo estatal é uno. Há uma matriz de natureza comum, isto é, uma identidade mínima entre as sanções oriundas do *jus puniendi*. Assim, a ilicitude é, em sua essência, uma só e a sua cisão é mero critério de conveniência do Estado.

## 2. O *NE BIS IN IDEM* COMO PRECEITO LIMITADOR DO CÚMULO DE SANÇÕES

Visando tornar a análise mais tangível, é imperativo trazer ao debate as implicações do Caso Menci<sup>8</sup>, decidido em 20 de março de 2018 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Conexões entre as instâncias penal, administrativa, civil e de improbidade: prescrição e efeito vinculante*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, set. 2018 (Texto para Discussão nº 251). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td251>>. Acesso em: 02 out. 2019.

<sup>8</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). *Acórdão n.º C-524*, Pedido de Decisão Prejudicial Apresentado Pelo Tribunale di Bergamo. Processo penal contra Luca Menci. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=200404&doclang=PT>>. Acesso em: 26 fev. 2020.





– TJUE. A decisão tomada por essa Corte teve como ponto de partida uma questão prejudicial afetada pelo Tribunal de Bérgamo na Itália.

Esse órgão jurisdicional julgava Luca Menci, empresário individual que, após não pagar o valor devido do tributo IVA no prazo legal, recebeu multa como punição pelo atraso, aplicada pela Administração tributária italiana. Findo o procedimento administrativo, foi instaurado processo penal pelo mesmo fato (não pagamento do imposto). Assim, a questão prejudicial versa sobre a seguinte indagação<sup>9</sup>:

O disposto no artigo 50º [da Carta], interpretado à luz do artigo 4º [do Protocolo] nº 7 [da CEDH] e da correspondente jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, opõe-se à possibilidade de instaurar um procedimento penal que tenha por objeto um facto (não pagamento do IVA) pelo qual foi aplicada ao arguido uma sanção administrativa irrevogável?

É importante ressaltar que o Tribunal italiano afetou o referido reenvio prejudicial ao TJUE por conta da função interpretativa deste, isto é, o esclarecimento de determinado dispositivo específico de maneira a dar uniformidade ao direito europeu e, sobretudo, resguardar direitos. Tal mecanismo se presta a evitar que os tribunais nacionais interpretem de forma distinta uma mesma regra.

Nesse sentido, deve-se esclarecer que o art. 50º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia preconiza que “ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei”<sup>10</sup>. Na mesma linha, o art. 4º do Protocolo nº 7 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) determina que “ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado”<sup>11</sup>.

Consagra-se nesses dispositivos, portanto, a vedação do *bis in idem*. Tal postulado significa a proibição que de seja imposto a um indivíduo dupla sanção e duplo julgamento pela prática do mesmo crime (segundo a doutrina<sup>12</sup>, *bis in idem* material e formal, respectivamente).

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 01 mar. 2020.

<sup>11</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/cedh6.htm>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

<sup>12</sup> MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. Brasília: *Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União*, ano. 4, n. 16, jul-set. 2005, p.46.



Da mesma forma, o *ne bis in idem* está presente no ordenamento jurídico brasileiro, embora não na Constituição da República. No entanto, pode-se considerar que a vedação da dupla punição é direito fundamental não expresso na Carta Constitucional, tendo em vista o disposto no §2º do seu art. 5º. Além disso, verifica-se que o princípio se manifesta em outros diplomas legais, como no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Convenção Americana de Direitos Humanos (internalizada por meio do Decreto nº 678 de 1992), entre outros.

É possível destacar alguns pressupostos para averiguar se as circunstâncias do caso concreto levam a uma violação do princípio fundamental<sup>13</sup>. A primeira delas é a identidade física do sujeito do polo passivo da relação punitiva. Em seguida, apura-se a unidade fática, isto é, os fatos idênticos determinados objetivamente no mesmo contexto de tempo e espaço. Ademais, exige-se que o fundamento jurídico contido nesses fatos que levou a um processo jurídico-punitivo se relacione com o mesmo bem ou interesse jurídico. Assim, caso haja coincidência entre esses três aspectos, pode-se concluir pela não observância do direito fundamental da vedação do duplo sancionamento.

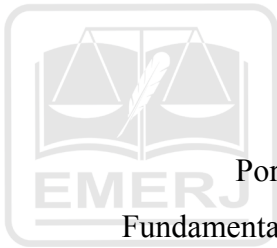
Retomando o caso Menci, o TJUE, de início, debruçou-se sobre a natureza penal da sanção prevista no art. 50 da Carta<sup>14</sup>. Isso porque o tribunal ponderou que há critérios para classificar uma sanção, mesmo que administrativa, como de natureza penal. Dentre eles, destaca-se o caráter repressivo da sanção administrativa que estabeleceu a multa ao contribuinte, o que iria ao encontro da aceção de “pena” prevista no dispositivo em comento.

Além disso, examina-se o nível de severidade da punição com o intuito de verificar se o ato ilícito cometido foi punido de acordo com os ditames do princípio da proporcionalidade. É dizer, analisa-se se a sanção administrativa corresponde à gravidade da infração, sem se demonstrar excessiva, mas também assegurando a retribuição.

O princípio da proporcionalidade desempenha uma função importante diante desse cenário, uma vez que sua aplicação garante outros direitos fundamentais do processo penal ao acusado. Nesse sentido, busca evitar que o ato sancionatório seja desproporcional ou excessivo frente à potencialidade lesiva de uma conduta. Mesmo não constando expressamente no texto constitucional brasileiro, a proporcionalidade é um princípio que atinge todos os três poderes do Estado, na medida em que impõe que todo ato estatal tenha uma finalidade sempre influenciada pelos valores constitucionais.

<sup>13</sup> SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. *Dimensões do princípio do ne bis in idem*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013, p. 162.

<sup>14</sup> UNIÃO EUROPEIA, op. cit., nota 10, p. 05.



Por fim, o TJUE solucionou a questão estabelecendo que o art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deve ser interpretado de maneira a permitir a instauração de um processo penal após o procedimento administrativo, desde que a legislação nacional preencha as seguintes condições<sup>15</sup>:

- visar um objetivo de interesse geral que seja suscetível de justificar esse cúmulo de procedimentos e de sanções, a saber, a luta contra as infrações em matéria de IVA, devendo esses procedimentos e essas sanções ter finalidades complementares,
- conter regras que assegurem uma coordenação que limite ao estritamente necessário o encargo adicional que para as pessoas em causa resulta de um cúmulo de procedimentos, e
- prever regras que permitam assegurar que a severidade do conjunto de sanções aplicadas se limite ao estritamente necessário face à gravidade da infração em causa.

Por derradeiro, conclui-se que<sup>16</sup>:

Cabe ao órgão jurisdicional nacional certificar-se, tendo em conta o conjunto de circunstâncias no processo principal, de que o encargo que resulta concretamente para a pessoa em causa da aplicação da regulamentação nacional em questão no processo principal e do cúmulo de procedimentos e de sanções que esta autoriza não é excessivo face à gravidade da infração cometida.

Assim, constata-se que a mudança na jurisprudência europeia não se refere apenas à proibição do cúmulo de sanções ou do duplo procedimento. Ainda que seja uma questão que os tribunais da Europa venham enfrentando diuturnamente, defendeu-se, nessa ocasião, uma leitura complementar e sistêmica do ordenamento jurídico. Isso posto, não cabe somente a exclusão de uma instância por outra, mas que haja uma comunicação entre elas, de forma a dar a melhor solução possível ao caso, exercendo o poder punitivo estatal balizado pelo atendimento de direitos fundamentais.

### 3. A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PENAIS AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Como é possível verificar dos contornos do Caso Menci<sup>17</sup>, o estudo do impacto da separação completa entre duas instâncias do poder punitivo não traduz apenas um interesse teórico, mas uma possível aplicação prática a determinados casos seguindo certos critérios. Nessa esteira, no esforço de tentar estabelecer pontos de contato entre o que foi exposto sobre o julgamento do caso europeu com a realidade brasileira, é necessário que se enfrente algumas premissas retomando o que já foi abordado na primeira seção.

<sup>15</sup> UNIÃO EUROPEIA, op. cit., nota 8, p. 10.

<sup>16</sup> Ibid., p. 11.

<sup>17</sup> Ibid.



Em linha de princípio, deve-se entender que as sanções oriundas do direito administrativo fazem parte de um segmento deste ramo do direito intitulado direito administrativo sancionador. São inúmeros os tipos administrativos sancionadores, pulverizados em diferentes leis e até em atos normativos.

Somado a isso, faz-se necessário mencionar de que se trata de ramo não codificado do direito, o que pode gerar um obstáculo na aplicação das sanções. Não há, portanto, uma consolidação normativa com disposições processuais aplicáveis a toda e qualquer decisão de natureza administrativa. Assim, o gestor não tem que observar um itinerário positivado como método decisório, como deve o fazer o julgador. Na esfera penal – logo, judicial, há um regramento dando materialidade à proteção estabelecida na Constituição Federal.

Nesse sentido, infere-se que o sancionamento administrativo, ao ser comparado com o processo judicial penal, careceria de segurança de jurídica. Isso porque, ainda que a autoridade administrativa tenha que observar os valores constitucionais, não há um caminho lógico-racional na aplicação da punição de forma a legitimar esse processo.

Conforme já mencionado, a conclusão principal do caso Menci foi a de que é possível fazer um juízo complementar entre as instâncias independentes de poder com o intuito de punir de forma mais proporcional. Uma das estratégias que se pode lançar mão para tentar amenizar a falta de coordenação entre as esferas punitivas seria justamente a observância de princípios constitucionais até então penais e processuais penais ao direito administrativo sancionador.

Há doutrina<sup>18</sup> que vem defendendo a aplicação dessas garantias quando do processo administrativo inclusive dentro de uma visão de constitucionalização do direito e de unicidade no poder de punir. Também aliada a esta ideia, frise-se que tais princípios decorrem do Estado Democrático de Direito, cuja manifestação de *jus puniendi* deve ser sempre regida por esses corolários, até mesmo porque é daí que se extrai a premissa de violação do *ne bis in idem*.

Merece destaque como exemplo de outras garantias dignas de intensa proteção a ampla defesa consubstanciada na defesa técnica. Segundo a Súmula Vinculante nº 05<sup>19</sup> do STF, “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Com a devida vênia, ao se considerar a possibilidade sancionatória restritiva no âmbito do PAD, a prescindibilidade da assistência jurídica em processo não judicial tende a esvaziar essa garantia constitucional gerando um efeito antidemocrático.

---

<sup>18</sup> VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador: um olhar pragmático a partir das contribuições da análise econômica do direito. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo – FGV*, v. 278, nº 1, 2019. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/79029>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 05*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 30 jun. 2020



Nesse aspecto, cabe citar ainda a possibilidade de provas emprestadas entre as duas esferas de poder, reforçando a necessidade de se garantir direitos em tese do campo penal ao indivíduo acusado em esfera administrativa, porque esse PAD pode repercutir em processos judiciais. Assim, é possível que um servidor público que foi condenado pela Administração, sem defesa técnica, tenha uma prova produzida neste âmbito emprestada para um processo judicial.

Da mesma forma, faz-se imprescindível considerar que a utilização dos postulados se mostra ainda mais urgente nas hipóteses em que o direito administrativo sancionador punir de maneira mais severa do que o direito penal. Para exemplificar, o capítulo I do Título XI do Código Penal trata dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração<sup>20</sup>.

Algumas infrações como a prevaricação, prevista no art. 319 (com pena de detenção de três meses a um ano e multa); a advocacia administrativa, disposta no art. 321, e o emprego irregular de verbas públicas do art. 315 (ambos apenados com detenção de um a três meses), se comparados com as sanções estabelecidas na Lei nº 8.112/90<sup>21</sup> ou na Lei nº 8.429/92<sup>22</sup>, são consideravelmente mais brandas. Isso porque são crimes julgados em Juizados Especiais Criminais, cujo rito está disciplinado na Lei nº 9.099/95<sup>23</sup> e as penalidades se limitam a penas restritivas de direito, quando não for o caso de propor medidas despenalizadoras como a transação penal.

Em contrapartida, as sanções previstas no art. 127 da Lei nº 8.112/90<sup>24</sup> incluem a advertência, a suspensão, a demissão, a cassação de aposentadoria e a destituição de cargo em comissão ou função comissionada. Na Lei de Improbidade<sup>25</sup>, com punições de natureza civil, constam a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos por no mínimo três anos, o pagamento de multa de até cem vezes o valor da remuneração do funcionário e a proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais.

Assim, é essencial reconhecer a aplicabilidade de garantias como a presunção de inocência, a ofensividade, o devido processual legal e a culpabilidade no âmbito do procedimento administrativo, tanto na sua fase instrutória, quanto no que se refere à dosimetria de eventual condenação. Isso porque pode haver uma sanção administrativa mais gravosa,

<sup>20</sup> Os exemplos se limitaram a punições aplicadas a pessoas físicas, mas sem desconsiderar aquelas decorrentes de acordo de leniência e da Lei nº 12.846/13, direcionadas a pessoas jurídicas.

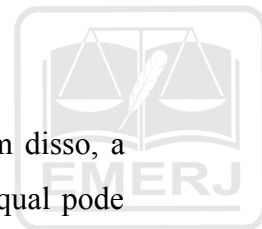
<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 04.

<sup>22</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2020

<sup>23</sup> BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2020.

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., nota 20.

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 04.



conforme já aludido, então haveria um contrassenso na sua não observância. Além disso, a análise principiológica também se presta à fundamentação decisória, motivo pelo qual pode embasar uma decisão mais ponderada no que tange ao acúmulo de sanções e à gravidade destas.

Nessa esteira, houve interessante mudança legislativa em 2018 que acrescentou o §3º no art. 22 da LINDB<sup>26</sup>. A nova redação dividiu a doutrina, que por um lado entendeu pela legitimação do *bis in idem*, inclusive defendendo a sua inconstitucionalidade; mas de outro, interpretou como uma mitigação da sobreposição de punições, de maneira que “caso haja duplicidade de sanções de mesma natureza, a segunda sanção deverá ser aplicada tendo-se em conta a primeira”<sup>27</sup>.

Pretende-se defender a última posição, no sentido de que essa alteração legal pode significar o começo de uma releitura da aplicação de sanções a partir de um modelo estanque de separação de instâncias, de modo a contemplar a tese defendida para criar uma zona de comunicação entre os setores de poder.

## CONCLUSÃO

A pesquisa atual teve como finalidade analisar, sob a ótica de princípios constitucionais, as nuances do poder de punir do Estado brasileiro sufragadas pela acumulação de sanções oriundas de diferentes instâncias.

O contexto do estudo foi delineado a partir da análise do Caso Luca Menci, em que a Corte da União Europeia decidiu pela mitigação da rígida separação das instâncias na hipótese em que a sanção administrativa se comportasse como verdadeira pena. Na ocasião, o Tribunal optou pela defesa do princípio da lesividade perante o mero somatório de punições.

No cenário do Brasil, nota-se uma resistência na flexibilização da independência das instâncias. Conforme apreciado, decisões recentes das Cortes Superiores favorecem o entendimento pela manutenção do paradigma separatista. Dessa forma, observou-se não só a possibilidade de sobreposição de sanções, como também da sua aplicação em duplicidade.

Diante disso, ao questionar que tal divisão hermética ensejaria um *bis in idem*, faz-se necessário apontar que a abordagem do tema atual enfrentou o desafio de não aparentar uma

---

<sup>26</sup> BRASIL. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 10 set. 2019. *In verbis*: “§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)”

<sup>27</sup> JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo – FGV*, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/4255>>. Acesso em: 25 abr. 2020.



busca à impunidade. Na verdade, pretendeu-se sustentar um caminho viável entre não deixar de reprimir ilícitos e não aplicar penas exacerbadas.

Isso porque a tese do cúmulo de punições acentua o poder repressivo do Estado, podendo simbolizar uma ofensa à proibição do excesso. Assim, a observância de limitações constitucionais para coibir essa realidade se mostrou imprescindível para o desfecho do trabalho.

A partir dessa perspectiva, a conclusão do estudo ampara-se em três premissas essenciais. Em primeiro lugar, torna-se inevitável reconhecer que o *bis in idem* é uma realidade chancelada por leis e decisões brasileiras.

Em seguida, infere-se que qualquer medida que ocasione o duplo sancionamento deve ser evitada, entendendo pela ponderação crítica das sanções através de um juízo de complementariedade. Dessa forma, reputa-se viável a aplicação das considerações feitas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia na hipótese analisada.

Por fim, ressalte-se que a necessidade de adoção de limites constitucionais se revela fundamental para equilibrar as punições, sobretudo no âmbito do direito administrativo sancionador. Destacam-se, portanto, os princípios constitucionais penais, empregados em persecuções dessa natureza, os quais devem ser aplicados de maneira institucional.

Em síntese, procurou-se defender uma nova leitura do que se entende por autonomia das instâncias do poder punitivo do Estado, visando à adoção de uma interseção principiológica e reconhecendo que os poderes são independentes, mas também devem ser harmônicos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 10 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 8.429, de 2 de junho de 1992*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2020.



\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm). Acesso em: 25 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 21293-DF*. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+21293%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+21293%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2jzgelb>. Acesso em: 07 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 21029-DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+21029%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+21029%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y6xtl9x8>. Acesso em: 07 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 05*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>. Acesso em: 30 jun. 2020.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 109, p. 773-793, dez. 2014. Disponível em: [http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89256/Rev\\_2014\\_27](http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89256/Rev_2014_27) Acesso em: 23 abr. 2020.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo – FGV*, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/4255>. Acesso em: 25 abr. 2020.

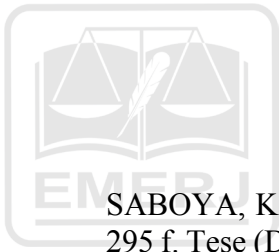
MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano. 4, n. 16, p.11-75, jul-set. 2005.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e Direito Administrativo sancionador*: o pensamento de Hassemer e o Direito penal brasileiro. 2012. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Conexões entre as instâncias penal, administrativa, civil e de improbidade: prescrição e efeito vinculante*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, set. 2018 (Texto para Discussão nº 251). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td251>. Acesso em: 02 out. 2019.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I: Fundamentos*. La estructura de la teoria del delito. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Peña et al. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997.





SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. *Dimensões do princípio do ne bis in idem*. 2012. 295 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silvia. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 01 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/cedh6.htm>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). *Acórdão n° C-524*, Pedido de Decisão Prejudicial Apresentado Pelo Tribunale di Bergamo. Processo penal contra Luca Menci.

VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador: um olhar pragmático a partir das contribuições da análise econômica do direito. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo – FGV*, v. 278, n° 1, 2019. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/79029>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

## A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PELA REMIÇÃO POR TRABALHO, ESTUDO E LEITURA

Mariana Letícia Cardoso Colbert Miranda

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

**Resumo** - a realidade do cárcere no Brasil é muito dura, com elevados níveis de reincidência, a ressocialização é um desafio. Para tanto, a Administração Pública e Privada necessitam canalizar forças à ressocialização do preso, para conquistar a função da pena: prevenir e reprimir o crime. Com efeito, a lei permite métodos de contratação de trabalho e ambientes de leitura, para que o preso possa abreviar seu tempo na prisão. O Poder Judiciário também possui papel fundamental, por meio do juiz da Execução da Pena, fiscalizando se a remição está sendo produtiva ao preso. A remição da pena é um mecanismo que traz benefícios incontáveis ao preso.

**Palavras chave** - Direito Penal. Princípio da individualização da pena. Ressocialização do preso. Remição da pena por trabalho, prevista na Lei nº 7.210/1984. Remição da pena por estudo, incluída pela Lei nº 12.433/2011.

**Sumário** - Introdução. 1. A origem do instituto da remição da pena e noções da legislação. 2. A remição da pena na legislação e jurisprudência. 3. A remição da pena e a realidade prisional no Brasil. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de remição da pena por meio do estudo, trabalho e leitura pelo preso, bem como outras hipóteses jurisprudenciais, com o fito de atender o princípio da individualização da pena e garantindo da ressocialização do preso.

A pena é a justa retribuição por parte do Estado ao acusado que, ao final de um devido processo legal, com observância do contraditório, teve sua pena fixada. Em fase de cumprimento de pena, o preso não deve ficar no ócio, inerte, prostrado. Procura-se conferir ao apenado um propósito, virtude, valores, para que efetivamente saia ressocializado.

A Constituição Federal prevê o princípio da individualização da pena, ou seja, cada cidadão possuirá uma pena distinta dos demais, tendo em vista suas circunstâncias próprias.



Além disso, o Código Penal dispõe que a pena busca ser necessária e justa, buscando a ressocialização.

Ao réu será permitido trabalhar, estudar, ler e poderá remir, ou seja, receber perdão dos dias da pena com esses atos. A Lei de execuções penais, Lei nº 7.210/1984 prevê a remição por trabalho e estudo (incluída pela Lei nº 12.433/2011). A remição por leitura é prevista na Recomendação nº 44 do Conselho Nacional de Justiça.

Sendo assim, pretende-se despertar a atenção da sociedade para esse instituto, em uma sociedade que o caos prisional é instaurado, que a prisão ressocializa poucos, mas sim, corrompe mais por facções. Não é assim que deve ser.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o instituto da remição em sua origem e histórico, dispositivos legais, sua relevância social na prática, objetivos pretendidos, seu fundo constitucional e altamente eficiente dos problemas carcerários no Brasil.

Segue-se, no segundo capítulo, analisando os requisitos legais do instituto, sua observância por Recomendações Internacionais, pela Convenção Americana de Direitos Humanos, sua aplicação pela jurisprudência em fase de cumprimento de sentença.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade, na prática, do sistema prisional equipar-se para atender o instituto da remição, da obediência na prática ao princípio da dignidade da pessoa humana com o perdão da pena por trabalho, leitura e estudo. Bem como a melhora na situação carcerária com este instituto e da efetiva da ressocialização do preso.

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

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

## 1. A ORIGEM DO INSTITUTO DA REMIÇÃO DA PENA E NOÇÕES DA LEGISLAÇÃO

No ordenamento brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil<sup>1</sup> é a lei maior. À União compete legislar privativamente sobre direito penal e processual penal, e por conta disso em 1984 foi criada a Lei n° 7.210, Lei de execuções penais (LEP)<sup>2</sup>, com objetivo máximo de instituir uma política penal executiva.

Quando o condenado a uma pena privativa de liberdade ingressa no sistema prisional, que pode ser por uma condenação transitada em julgado ou até mesmo por prisão provisória, ou seja, antes da sentença, será, inevitavelmente, dominado pelo desejo de retornar ao seu estado livre.

O instituto de remição significa a possibilidade de o sentenciado à uma pena reduzir o seu tempo de cumprimento, para tanto, é necessário que se dedique ao trabalho e/ou estudo, conforme as disposições da Lei de Execuções Penais. Em verdade, trata-se de um estímulo para o sentenciado desenvolver uma atividade ou aperfeiçoar sua formação.

A origem histórica do instituto da remição é do Direito Penal Militar<sup>3</sup>, de 28 de maio de 1937, disposta em um Decreto em plena guerra civil para prisioneiros de guerra e condenados por crimes especiais. Para tanto, um órgão responsável foi criado para remir penas por trabalho, e tal instituto foi estendido aos crimes comuns em 14 de março de 1939, incorporado ao Código Penal<sup>4</sup> com a Reforma de 1944.

Conforme a LEP<sup>5</sup>, o trabalho dentro do regime penitenciário e o estabelecimento prisional deve ser o mais parecido possível com o trabalho externo da sociedade. O fundo constitucional é o princípio da individualização da pena, pois o preso, com sua capacidade e aptidão individual, irá trabalhar com vistas a retornar a sociedade, porém, de uma forma melhor, ressocializado.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei n° 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>3</sup> ABI-ACKEL, Ibrahim. *Exposição de Motivos da Lei n° 7.210*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 02 out. 2019.

<sup>4</sup> BRASIL. *Decreto-Lei n° 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>5</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.



São deveres sociais de o Estado conferir ao indivíduo trabalho e a dignidade. Apesar de oferecido de forma tardia, a prisão é o local mais cirúrgico a se fazer, pois ali está um ser humano que necessita, urgentemente, ser ressocializado e ganhar um propósito de vida, que não a atividade criminosa. O trabalho terá o fito de um propósito, buscando uma vida produtiva e frutífera.

Para tanto, fundações ou empresas públicas oferecerão trabalho nos sistemas prisionais, promovendo e fiscalizando e o mais importante: financiando a atividade. É nítido que os presos não são os mais buscados no mercado de trabalho, portanto, é de suma importância que a administração direta ou indireta interfira nisso, para conceder o capital necessário.

Na prática, a eficiência da remição é a readaptação do preso na sociedade, sua aplicação pela jurisprudência observa o trabalho, estudo e leitura como meios de contribuição decisiva para o destino da execução da pena, nos problemas carcerários atuais.

A aplicação prática na jurisprudência da remição da pena, conforme o *Habeas Corpus* n° 30.623 de São Paulo<sup>6</sup>:

o constituinte originário e o legislador impõem ao Estado o oferecimento do trabalho *latu sensu* ao reeducando, como forma de estimular a educação, combater o ócio perverso que a privação da liberdade acarreta, e facilitar a reinserção do interno no meio social (...) sustenta-se que o Brasil possui a 3ª maior população carcerária do mundo, mantida em estabelecimentos penitenciários superlotados, em péssimas condições e que apresentam constantes e graves violações aos direitos humanos [...].

Sendo assim, é certo que há uma urgência extrema em exterminar o ócio, mas que o preso efetivamente produza, e quais melhores institutos senão o trabalho, o estudo e a leitura, considerados pela sociedade as atividades mais nobres ao homem?

A Constituição da República Federativa do Brasil, norma fundante do ordenamento brasileiro, consagra o princípio da individualização da pena, no artigo 5º, XLVI<sup>7</sup>. Ou seja, para toda e qualquer condenação criminal, o juiz irá aplicar uma pena a um sujeito de forma individualizada, com critérios subjetivos e com circunstâncias específicas.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n° 30.623. Ministro Gilson Dipp. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1192297&num\\_registro=200301707643&data=20040524&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1192297&num_registro=200301707643&data=20040524&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 2 out. 2019.

<sup>7</sup> BRASIL, op. cit., nota 6. Artigo 5º, XLVI - “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes”.

A legislação aplicável é a Lei nº 7.210 de 1984, Lei de execuções penais, e também se respeitará a individualização do preso, conforme o artigo 5º, que prevê “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.<sup>8</sup>

A lei não traz distinção entre crimes comuns e crimes hediondos, portanto é possível o instituto da remição para condenados por crimes hediondos. Contudo, no que tange aos condenados por crime político, não será necessária a imposição da remição por trabalho.

A remição tem natureza jurídica de direito público subjetivo do sentenciado. Uma vez que o preso preencher os requisitos legais, receberá autorização legal para concessão da remição.

## 2. REMIÇÃO DA PENA NA LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

Inicialmente, a LEP<sup>9</sup> previa apenas a possibilidade de remição da pena por trabalho do preso. Não se exigia que o trabalho fosse contínuo, podendo ser esporádico ou até mesmo ocasional, mesmo que voluntário. O propósito é que o preso não fique parado, sendo assim, toda e qualquer atividade manual ou intelectual deve ser considerada para fins de trabalho.

Guilherme Nucci<sup>10</sup> entende que “constituindo uma das finalidades da pena a reeducação, não há dúvida de que o trabalho e o estudo são fortes instrumentos para tanto, impedindo a ociosidade perniciosa no cárcere [...]”.

E também Renato Marcão<sup>11</sup> acrescenta:

[...] todo trabalho pressupõe responsabilidade, organização e disciplina. Para fins de remição não é diferente, já que é preciso inculcar tais valores na mente e na rotina do executado, como forma de readaptá-lo à vida ordeira, dentro dos conceitos de uma sociedade produtiva [...].

A possibilidade de remição por estudo também começou a ser cogitada, ainda que com muitas opiniões contrárias. Magistrados e Tribunais possuíam o entendimento firme de

---

<sup>8</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> NUCCI, Guilherme de Souza; *Curso de execução penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, [e-book].

<sup>11</sup> MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, [e-book].



que o estudo também deveria ser incluído, restando a lei incluir essa nova modalidade de remição.

A remição só é possível aos sentenciados aos regimes fechado e semiaberto. A razão de não ser uma opção ao sentenciado ao regime aberto é simples, uma vez que para ser concedido o regime aberto, o trabalho é condição para ingresso e permanência do condenado. Contudo, a ele será possível apenas a remição por meio de estudo.

O indivíduo que, por uma medida cautelar, estiver preso provisoriamente, poderá remir a pena, e por óbvio, esse abatimento será aproveitado apenas em caso de futura condenação.

A remição terá os seguintes requisitos, conforme entende Guilherme Nucci<sup>12</sup>:

os requisitos para a remição são os seguintes: a) três dias de trabalho ou de estudo, à razão de 6 horas de trabalho por dia e 4 horas de estudo; b) atestado de trabalho ou frequência escolar apresentado pela direção do presídio, que goza de presunção de veracidade; c) exercício de trabalho ou estudo reconhecido pelo estabelecimento prisional.

Além de o trabalho e do estudo servirem para remição da pena, a leitura é uma atividade educacional complementar, inserida por meio da Recomendação n° 44 de 2013, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Esta Recomendação assegura uma comissão para analisar os trabalhos produzidos, verificando a compreensão e compatibilidade do texto com o livro trabalhado, com o fito do aproveitamento da leitura pelo preso. A contagem se dará<sup>13</sup>:

o preso terá o prazo de 21 (vinte e um) a 30 (trinta) dias para a leitura da obra, apresentando ao final do período resenha a respeito do assunto, possibilitando, segundo critério legal de avaliação, a remição de 4 (quatro) dias de sua pena e ao final de até 12 (doze) obras efetivamente lidas e avaliadas, a possibilidade de remir 48 (quarenta e oito) dias, no prazo de 12 (doze) meses, de acordo com a capacidade gerencial da unidade prisional.

É possível a remição cumulativa entre o estudo e o trabalho pelo preso, aliás, é uma recomendação muito benéfica que o faça. Acerca da remição cumulativa, Guilherme Nucci<sup>14</sup>:

---

<sup>12</sup> NUCCI, op. cit.

<sup>13</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n° 44*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1907>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

<sup>14</sup> NUCCI, op. cit.

o preso pode remir sua pena pelo trabalho e pelo estudo, concomitantemente, desde que as horas dedicadas ao trabalho não coincidam com as horas voltadas ao estudo. Levando-se em conta o mínimo para o trabalho (6 horas) e para o estudo (4 horas), por dia o sentenciado pode dedicar 10 horas do seu tempo para auferir a remição da pena.

Quando o presídio não oferecer ao preso a possibilidade de estudar ou trabalhar, há uma falha do Estado no estabelecimento penitenciário, portanto, caberá impetração de incidente de desvio de execução, para que o juiz fiscalize esta situação.

Todavia, ainda que não haja um ambiente para remição, não é possível que o preso que não trabalhou nem estudou seja beneficiado com abatimento de dias de pena. Isso porque o fruto do trabalho e do estudo é justamente o cumprimento da função da pena.

A jurisprudência<sup>15</sup> chegou a admitir a possibilidade de remição por participação do preso em coral musical, uma vez que a atividade musical, além de ser regulamentada como profissão, qualifica e profissionaliza o preso.

Renato Marcão<sup>16</sup> leciona que:

[...] normalmente se cuida de trabalho desenvolvido em parceria com algumas empresas que atuam no ramo da confecção de bolas, cadeiras, mesas. São ainda exemplos de atividades que autorizam a remição, desde que atendidos os requisitos legais: faxina, auxiliar de enfermagem, tarefas burocráticas designadas pela administração do estabelecimento e destinadas à manutenção [...].

Para o abatimento por trabalho, como visto, exige-se três dias para abatimento de um dia de pena. A LEP<sup>17</sup> exige que o dia trabalho seja de, no mínimo, seis horas, e no máximo, oito horas, com descanso aos domingos e feriados. Uma vez que o preso exceder o tempo máximo, ele deverá ser beneficiado por estas horas, devendo constar em sua ficha para posterior utilização de remição.

Contudo, se o preso cumprir o trabalho em menos de seis horas, também deverá ser beneficiado, uma vez que com seu real envolvimento no processo ressocializador, pelo princípio da confiança, o Estado se compromete a abater a pena.

---

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.666.637*. Min. Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/PDF/Inf0613.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0613.pdf)>. Acesso em: 6 jul. 2020.

<sup>16</sup> MARCÃO, op. cit.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.





A jurisprudência<sup>18</sup>, nesse mesmo sentido, entende que:

os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso de remir a pena do sentenciado, legítima contraprestação ao trabalho prestado por ele na forma estipulada pela administração penitenciária, sob pena de desestímulo ao trabalho e à ressocialização.

Mensalmente, a autoridade administrativa encaminhará ao Juízo da Execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com a informação minuciosa dos dias de trabalho e das horas de frequência escolar ou atividades de ensino.

Na fase de execução da pena, o legislador previu, em um rol taxativo, como falta grave algumas condutas previstas no artigo 50 da LEP<sup>19</sup>. Anteriormente, na redação original da lei, o preso perderia integralmente o tempo remido.

Contudo, o legislador alterou esse entendimento e ocorrendo falta grave, o juiz facultativamente, em decisão fundamentada, revogar em  $\frac{1}{3}$  (um terço) o tempo remido, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

Para Renato Marcão, é imprescindível um processo disciplinar para apuração da falta e após o reconhecimento desta, o juiz poderá ou não determinar a perda dos dias remidos levando em consideração a necessidade, utilidade e razoabilidade dessa opção.<sup>20</sup>

A revogação da remição da pena será possível porque a decisão que reconhece a remição da pena, não faz coisa julgada nem constitui direito adquirido, conforme o entendimento jurisprudencial.<sup>21</sup>

Após a comprovação dos dias trabalhados e o efetivo aproveitamento nos estudos, com apresentação de atestado do diretor do presídio, o juiz da Vara de Execuções Penais irá declarar os dias remidos.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus* n° 136.509. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798664>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>20</sup> MARCÃO, op. cit.

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n° 282.265. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201303776954&totalRegistrosPorPagina=0&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

O atestado de abatimento de dias para remição concedido pelo diretor do presídio goza de plena idoneidade, tratando-se de presunção *juris tantum*, pois os documentos oriundos da Administração Pública são válidos até prova em contrário. Inclusive, há responsabilização criminal prevista no Código Penal<sup>22</sup>.

Entretanto, apenas com o reconhecimento judicial a remição será eficaz. Além disso, o Ministério Público e a Defesa deverão se manifestar previamente. Sendo concedido ou negado, o reconhecimento judicial é uma decisão recorrível por agravo em execução, conforme prevê a LEP<sup>23</sup>.

### 3. A REMIÇÃO DA PENA E A REALIDADE PRISIONAL NO BRASIL

O sistema prisional brasileiro está em crise e são muitos os desafios a serem enfrentados, como a reincidência dos presos, superlotação carcerária, carência de condições básicas de saúde, educação, higiene, segurança, enfrentamento de articuladas facções. O que vemos, na realidade, é o império da organização criminosa dentro dos presídios, como uma extensão de seu poder.

O relatório “Reentradas e reiterações infracionais - Um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros”, elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, apontou que 42,5% (quarenta e dois e meio por cento) dos presos retornam ao sistema prisional.<sup>24</sup>

O Departamento Penitenciário Nacional, em um levantamento nacional de informações penitenciárias, no período de julho a dezembro de 2019<sup>25</sup>, concluiu que, no Brasil, são 748.009 (setecentos e quarenta e oito mil e nove pessoas) presos em unidades prisionais no Brasil.

O Poder Público, em outras palavras, cuida da prevenção e repressão de crimes de quase um milhão de pessoas. Trata-se de uma grande responsabilidade, um fardo gigante

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>24</sup> ANGELO, Tiago. *Taxa de retorno ao sistema prisional entre adultos é de 42%, aponta pesquisa*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-03/42-adultos-retornam-sistema-prisional-aponta-pesquisa>>. Acesso em: 2 mai. 2020.

<sup>25</sup> BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 2 mai. 2020.



que exige da Administração Pública e de toda a sociedade uma compreensão ao enfrentamento desse mal: o crime e os seus efeitos.

Dentre o número de pessoas presas, 95,06% (noventa e cinco e seis décimos por cento) são homens, ou seja, 711.080 (setecentos e onze mil e oitenta) do sexo masculino. Enquanto 4,94% (quatro, noventa e quatro décimos por cento) são mulheres, ou seja, 36.929 (trinta e seis mil, novecentas e vinte e nove) do sexo feminino.<sup>26</sup>

Para tanto, a prisão não deve ser um portal para a degradação daquele que transgrediu a lei. Não. Deve ser um local de restabelecimento, de reintegração do preso à sociedade, para que siga com a sua vida, gozando de deveres e direitos.

Quanto ao trabalho, que ajuda na remição da pena, são 11.656 (onze mil seiscentos e cinquenta e seis) pessoas do sexo feminino em programa laboral, sendo que 1.978 (mil novecentos e setenta e oito) exercem trabalho externo, enquanto 9.678 (nove mil, seiscentos e setenta e oito) exercem trabalho interno.<sup>27</sup>

Por outro lado, são 132.555 (cento e trinta e dois mil quinhentos e cinquenta e cinco) pessoas do sexo masculino em programa laboral, sendo que 32.974 (trinta e dois mil, novecentos e setenta e quatro) exercem trabalho externo, enquanto 99.581 (noventa e nove mil, quinhentos e oitenta e um) exercem trabalho interno.<sup>28</sup>

Quanto à educação, que ajuda na remição da pena, são 124.000 (cento e vinte e quatro mil) pessoas em atividade educacional. Em alfabetização, são 14.790 (quatorze mil setecentos e noventa mil) pessoas.

No ensino fundamental, são 40.386 (quarenta mil, trezentos e oitenta e seis). No ensino médio, 19.077 (dezenove mil e setenta e sete). No ensino superior, são 796 (setecentos e noventa e seis).<sup>29</sup>

Quanto à leitura, que ajuda na remição da pena, são 26.862 (vinte e seis mil, oitocentos e sessenta e dois) pessoas.<sup>30</sup> No Estado do Rio de Janeiro, em atividade educacional, são 4.093 (quatro mil e noventa e três) pessoas, representando apenas 8,05% (oito e meio por cento) da população prisional.<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid.

São 487 (quatrocentos e oitenta e sete) pessoas em alfabetização, 2.003 (dois mil e três) no ensino fundamental e 850 (oitocentos e cinquenta) no ensino médio. Já no ensino superior, apenas 5 (cinco). Em atividades educacionais, são 26 (vinte e seis) presos. Apenas 719 (setecentos e dezenove) presos utilizam a remição pelo estudo através da leitura.<sup>32</sup>

Portanto, em análise aos números acima, ainda são poucos os presos que são favorecidos com o abatimento de pena por meio da remição. O Poder Público deve com mais empenho fomentar e organizar esse instituto.

Conforme leciona Renato Marcão<sup>33</sup>:

o aprimoramento cultural proporcionado pela leitura amplia horizontes antes limitados pela ignorância; permite amealhar estímulos positivos no enfrentamento ao ócio da criatividade; combate a anemia aniquiladora de vibrações e iniciativas virtuosas; e disponibiliza, como consequência natural de seu acervo, acesso à felicidade que decorre de novas perspectivas atreladas a realizações antes não imaginadas.

O trabalho, educação e leitura são instrumentos que conferem pelo menos uma chance verdadeira ao preso de ressocialização, porque aprenderá valores e propósitos, entenderá o caráter ilícito de suas condutas, construirá um caráter ético, e por fim, erradicar a reincidência.

## CONCLUSÃO

A remição da pena está inserida no contexto da fase de execução da pena. Quando uma pessoa comete um crime, previsto em lei, é condenada a uma pena, que leva em consideração alguns critérios previstos na lei para conceder ao indivíduo uma pena específica e individualizada.

A remição significa, em breves palavras, reparar, compensar, ressarcir. Servirá para abreviar o tempo da condenação por meio do trabalho, estudo e leitura. A origem do instituto é estrangeira, criada em meio à uma guerra civil, destinada aos prisioneiros de guerra condenados por crimes especiais.

O propósito da remição é nobre, pois, em si, reeduca e adequa o indivíduo para ressocializar em sociedade, enobrece sua família, retira-o do contexto de organizações

---

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> MARCÃO, op. cit.



criminosas e violência. A remição é declarada e reconhecida pelo juiz da execução penal, ouvido o Ministério Público com o fito de conferir se realmente a remição serviu ao condenado.

No Brasil, a remição da pena é constitucional, respeitando os princípios fundamentais, principalmente o de individualização da pena. A previsão legal e sua disposição estão prevista na Lei de Execuções Penais, e tem natureza jurídica de direito público subjetivo do sentenciado.

É um consenso que o trabalho dignifica o homem. O estudo, por sua vez, liberta o homem e lhe confere sabedoria, conhecimento, mudança de mentalidade. Portanto, aos presos, àqueles que cometeram crimes, são os maiores interessados na mudança de pessoa e caráter.

Contudo, o maior desafio é a crise no sistema prisional brasileiro. O motivo desta é a reincidência dos presos, superlotação carcerária, carência de condições básicas de saúde, educação, higiene, segurança, enfrentamento de articuladas facções.

O preso não pode ficar dentro de um ambiente fechado, com o império de organizações criminosas, vencendo a mão do Estado. Esperar que um indivíduo volte melhor para sociedade é ilusão. Não deve ser assim.

Apesar de enfrentarmos muitos dilemas e crenças errôneas, a ressocialização deve ser enfrentada em conjunto. Os presos possuem direitos como cidadãos, e a defesa destes consiste em um tema sensível na sociedade, por conta da seletividade, repressividade e estigmatização.

Na realidade, a prisão é o local onde 748.009 (setecentos e quarenta e oito mil e nove pessoas) presos cumprem a pena privativa de liberdade. Portanto, indubitável que o Estado possui um papel de conceder tratamento digno, com vistas ao retorno do preso à sociedade.

Os números expostos no trabalho científico concedem esperança para combater a reincidência e construir um caráter àquele egresso no sistema penal. A educação é um pilar do indivíduo, onde há crescimento, projeção, ascensão. Por sua vez, para o preso, é o verdadeiro resgate da condição de dignidade humana, da cidadania.

O período de cumprimento de pena não pode ser um mártir, um período em que o indivíduo quer esquecer, apagar de sua vida. Como uma cicatriz escondida. Não e não. Esse

panorama precisa ser alterado. O apenado pode desenvolver novas habilidades, novas convicções, novos aprendizados.

Assim, a fase de execução da pena será um período apto a ressocializar o preso, porque no ambiente prisional, há trabalho, biblioteca, há propósito, valores, mecanismos eficientes a conferir ao preso dignidade. Enfim, uma chance para perseguir a felicidade.

## REFERÊNCIAS

ABI-ACKEL, Ibrahim. *Exposição de Motivos da Lei n° 7.210*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 02 out. 2019.

ANGELO, Tiago. *Taxa de retorno ao sistema prisional entre adultos é de 42%, aponta pesquisa*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-03/42-adultos-retornam-sistema-prisional-aponta-pesquisa>>. Acesso em: 2 mai. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 7 abr. 2017.

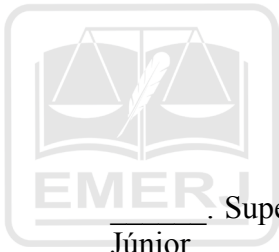
\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n° 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Recomendação n° 44* de 27 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1907>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 30.623*. Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1192297&num\\_registro=200301707643&data=20040524&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1192297&num_registro=200301707643&data=20040524&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 2 de out. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 282.265*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201303776954&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20 abr. 2020.



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 1.666.637*. Min. Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/PDF/Inf0613.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0613.pdf)>. Acesso em: 6 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n° 136.509*. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798664>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFIMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 2 mai. 2020.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza; *Curso de execução penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

## OS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO EM RELAÇÃO AO PATRIMÔNIO DOS CÔNJUGES APÓS A DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL

Mariana Rodrigues Vieira

Graduada na Universidade Cândido Mendes.  
Advogada. Pós - Graduada em Direito de  
Processo Civil e em Direito Empresarial pela  
Universidade Cândido Mendes.

**Resumo** – o instituto dos alimentos compensatórios foi introduzido no ordenamento jurídico por meio de juristas e doutrinadores que escrevem sobre direito de família, e atualmente o instituto é aplicado em alguns casos de forma ainda excepcional. O referido instituto é oriundo da doutrina estrangeira, aplicado na Argentina, Espanha, França entre outros países. Em regra, os alimentos compensatórios visam o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do cônjuge prejudicado em razão da ruptura do vínculo matrimonial. A princípio, se aplica o referido instituto quando um dos cônjuges não tem condições de gerar renda para a manutenção do seu nível social com renda compatível após a dissolução conjugal e, portanto, necessita pleitear judicialmente os alimentos compensatórios, como forma de indenização, para atenuar a desigualdade ocorrida após separação ou divórcio. O assunto ainda é pouco discutido nos Tribunais e pouco divulgado, sendo uma matéria que ainda precisa ser aprofundada e readequada à conjuntura de um país patriarcal e subdesenvolvido. O assunto possui relevância para o desenvolvimento de teses eficazes em assuntos relacionados com o direito de família e o direito civil patrimonial.

**Palavras-chave** – Direito de Família. Alimentos Compensatórios. Dissolução da sociedade conjugal. Patrimônio privado. Princípio da solidariedade.

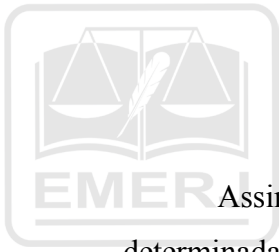
**Sumário** – Introdução. 1. Instituto dos alimentos compensatórios e sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Alimentos Compensatórios -Teoria e prática na justiça brasileira. 3. Critérios objetivos e subjetivos para a aplicação dos Alimentos Compensatórios em casos brasileiros. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica traz em análise uma questão pouco debatida na doutrina e na jurisprudência no tocante aos alimentos compensatórios no ordenamento jurídico brasileiro. O instituto dos alimentos compensatórios ainda é um tema embrionário no direito civil brasileiro.

A construção doutrinária e jurisprudencial do direito aos alimentos compensatórios partiu de países estrangeiros como a Argentina, Espanha, França, entre outros. O Código Civil Brasileiro dispõe sobre normas relativas aos alimentos entre cônjuges e dependentes, no entanto, não menciona de forma específica sobre os alimentos compensatórios.





Assim, os alimentos compensatórios têm natureza indenizatória em relação a determinadas situações pontuais quando da dissolução conjugal entre pessoas, não se tratando necessariamente da “subsistência familiar” do alimentando mas sim uma necessidade de ordem moral e social em razão da quebra do vínculo matrimonial configurando, em determinados casos, um desequilíbrio patrimonial entre ex-cônjuges.

Em regra, os alimentos compensatórios são pouco aplicados em casos fáticos brasileiros. Têm-se um entendimento doutrinário e jurisprudencial que cônjuge menos favorecido não deve se valer de uma situação de vítima a fim de que não se torne um parasitário usufruindo de forma “eterna” de uma pensão de outro cônjuge com melhores condições econômicas e financeiras.

Talvez tal pensamento teórico se vale de uma sociedade contemporânea em que a mulher tem condições de se colocar no mercado de trabalho, de estudo e de um aprimoramento técnico e profissional para sua ascensão profissional e pessoal. No entanto, verifica-se que ainda que haja a emancipação da mulher nos últimos anos, existe desigualdade entre gêneros, isso é o reflexo de um país emergente, subdesenvolvido, com uma população analfabeta alta e com um sistema familiar ainda patriarcal e discriminatório atrelada a uma justiça morosa e muitas vezes falha.

Inicia-se o presente trabalho com o primeiro capítulo sobre o instituto dos alimentos compensatórios de origem alienígena e relata a introdução do referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro por meio de trabalhos doutrinários segundo conceitos subjetivos e objetivos para a aplicação dos alimentos compensatórios no caso concreto.

No segundo capítulo aborda-se o instituto numa visão prática na aplicação em casos concretos brasileiros. Ainda que tímida a aplicação ocorre em casos excepcionais, em regra sua incidência está em classes sociais mais altas e a adoção de critérios ainda não tem uma base pré-definida no ordenamento.

O terceiro capítulo relata sobre os alimentos (gênero), os critérios apresentados por doutrinadores estrangeiros e a fixação dos alimentos compensatórios dentro da sociedade brasileira baseada em pseudo equilíbrio sócio-econômico entre os cônjuges.

Adota-se no presente trabalho a metodologia de pesquisa qualitativa descritiva bibliográfica, sendo que o pesquisador busca por meio de bibliografias o conceito e objetivo dos alimentos compensatórios, relata sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e questiona se a finalidade do referido instituto tem sido alcançada em relação a ideologia de isonomia entre os cônjuges.

## 1. OS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS – IDEOLOGIA E EFEITOS APÓS A DISSOLUÇÃO CONJUGAL

Os alimentos compensatórios são um instituto estrangeiro, com forte influência em países europeus como a França, Espanha, Itália, Grã-Bretanha, dentre outros países, como também tem influência em países da América Central como El Salvador e América do Sul como Argentina e Brasil.

Os alimentos compensatórios têm uma finalidade diferente dos alimentos legítimos (ou civis) elencados no Código Civil de 2002 no seu art. 1.694<sup>1</sup> que possui um caráter alimentar, com um viés de subsistência atrelado a uma relação de parentesco. O alimento de natureza compensatória não possui expressa disposição legal no ordenamento jurídico brasileiro e sua finalidade é precipuamente indenizatória, isso significa dizer que a sua finalidade é diferente da natureza alimentícia disposta no Código Civil.

Como é um instituto novo no ordenamento jurídico, sua aplicação ainda não possui de forma clara critérios que devam ser adotados para sua instituição no caso concreto. Todavia, com a construção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema tem-se inferido alguns critérios delineadores para que o referido instituto tenha aplicação prática no ordenamento jurídico brasileiro.

A fixação dos alimentos compensatórios no caso concreto está intimamente ligado a requisitos subjetivos, no entanto, também se discute sobre se a fixação dos alimentos compensatórios no ordenamento jurídico brasileiro deve ser de forma temporária/provisória sob pena de enriquecimento sem causa, de um ex-cônjuge em relação ao outro.

Outrossim, existem alguns autores como Marcellus Polastri Lima e Renata Vitória Oliveira<sup>2</sup> que aludem à ideia de que para a aplicação do referido instituto em casos reais, devem existir 3 (três) causas/motivos como o desequilíbrio econômico financeiro no caso de ausência de partilha ou desequilíbrio quando da partilha dos bens comuns, ou ainda nos casos em que haja partilha, mas reste comprovado um desequilíbrio econômico entre os ex-cônjuges ou por fim nos casos em que um dos cônjuges usufrua de forma individual do patrimônio comum excluindo o outro.

O fato é que ainda hoje esses critérios não são muito bem definidos e a aplicação do referido instituto acaba sendo usado por operadores do direito de forma restrita e excepcional,

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406* de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002). Acesso em: 20 jan.2020.

<sup>2</sup> LIMA, Marcellus Polastri; OLIVEIRA, Renata Vitória. *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*. V. 9(maio/jun.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 84.



muitas vezes com o cometimento de injustiças no processo judicial. A aplicação do referido instituto não se aplica em toda e qualquer situação de família. Normalmente, a aplicação dos alimentos compensatórios em um processo judicial ocorre quando evidencia-se no contexto fático daquela família um desequilíbrio econômico-financeiro entre o ex-casal.

Na verdade, quando se fala de um desequilíbrio se refere ao padrão de vida usufruído por aquele cônjuge que não possui mais recursos para manter o estilo de vida de quando era casado ou quando vivia em união estável com o outro cônjuge que arcava com as despesas na sua totalidade ou quase totalidade no seio familiar.

Quando da análise de alguns julgados ou mesmo de autores que escrevem sobre o tema, se constata uma forte resistência quanto a aplicação do instituto dos alimentos compensatórios, sob o argumento de que a fixação dos referidos alimentos, podem levar o cônjuge menos favorecido a uma vida de ócio, favorecendo um estilo de vida parasitário de um ex-cônjuge em relação ao outro.

A ideia primordial dos alimentos compensatórios é a equiparação ou sua tentativa para um equilíbrio entre ex-cônjuges após a dissolução conjugal, não só no âmbito econômico, financeiro, social, mas também moral, e nessa última característica a pessoa humana está ou deve estar colocada em primeiro lugar em relação ao patrimônio quando se faz referência a uma “escala” de prioridades, o que significa dizer, que a visão do instituto deve ser vinculada a princípios basilares como a dignidade da pessoa e não só como uma questão de justiça material.

Priorizar a pessoa em relação ao patrimônio não é uma tarefa fácil, principalmente quando nosso antigo código civil de 1916 (que vigorou até 2002) possui uma estrutura oitocentista de cunho patrimonialista e no atual contexto soma-se esse fato com referências estrangeiras que são de países mais desenvolvidos e com índices de desigualdade de idade e gênero muito menores dos comparados com países subdesenvolvidos como o Brasil, portanto, a equiparação se torna inviável e injusta. A verdade é que a existência do referido instituto se torna mais clara em casos em que a família possui um patrimônio vultoso ou considerável se distanciando da média social das famílias de classe média brasileira.

Deve-se pensar quando da análise do referido instituto, sobre a natureza jurídica do casamento que pode possuir uma natureza contratual, institucional ou híbrida a depender da linha doutrinária seguida, no entanto, ainda que de forma intuitiva, verifica-se que o casamento ou união estável possui um viés negocial, que tem por escopo a livre manifestação de vontades dos nubentes e muitas das vezes, resta ainda que implicitamente pactuado entre as partes que um dos cônjuges terá um trabalho, profissão e o outro ainda que tenha uma



profissão, dedica parte ou a integralidade do seu tempo na proteção da família, cuidado com os filhos, na administração da casa, com atuação social no seio da família e na comunidade em que vive e, assim, se estipula ainda que tacitamente a atuação de cada cônjuge quando da convivência matrimonial.

Com efeito, nesses casos, quando da dissolução matrimonial, existe de forma cristalina um desequilíbrio material e moral entre esses cônjuges e a manutenção social e financeira individual de um em relação ao outro, mostra-se desequilibrada e desproporcional, precisando existir formas de compensação para atenuar essa discrepância contextual quando da ruptura da *affectio maritalis*.

O referido instituto não produz efeitos somente no âmbito do Direito de Família mas também no âmbito do direito civil obrigacional<sup>3</sup>, advindo, em alguns casos, um dever de natureza contratual obrigacional, cujo elemento objetivo é a prestação positiva e fazendo uma analogia para o direito de família, pode-se concluir que existe um vínculo jurídico entre os cônjuges como sujeitos de direitos e deveres, e assim, em casos como esses, o instituto dos alimentos compensatórios que possui natureza indenizatória tende a ser aplicado para evitar um desnível material e imaterial entre as partes, atenuando prejuízos em consonância com a boa-fé objetiva, função social do contrato, autonomia privada, liberdade contratual, dignidade da pessoa humana, garantias constitucionais que devem ser elevadas, priorizadas e aplicadas em casos de direito de família de forma mais ativa e contundente.

## 2. ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS – A REALIDADE NA JUSTIÇA BRASILEIRA

Após promulgação da Constituição Federativa do Brasil em 1988<sup>4</sup>, o ponto de partida das relações contratuais, institucionais e processuais, é a dignidade da pessoa humana, isso significa dizer que a título de importância, a pessoa deve ser priorizada em relação “a coisa”, ou seja, ao patrimônio.

O instituto da família com o advento da Constituição Federal Brasileira obteve grande mudanças, como a legalização do casamento homoafetivo, a família passou a ter um sentido eudemonista, ocupando seu espaço de forma mais atuante na sociedade brasileira entre outras mudanças, no entanto, em relação ao instituto dos alimentos, principalmente os

<sup>3</sup> TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. 5 ed. São Paulo: Método 2015, p. 304

<sup>4</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01 mar. 2020.



compensatórios, deve-se pensar, o que mudou? Houve uma evolução doutrinária, jurisprudencial a respeito desse assunto?

Percebe-se ao estudar o tema, que ainda existe um grande estigma, em relação a aplicação do instituto dos alimentos compensatórios, e isso porque é um instituto pouco usado, de grande relevância, mas tem sido aplicado de forma muito tímida nos Tribunais Superiores e essa resistência pode ser um ponto de partida para a análise de um problema real.

Na vida prática, verifica-se que famílias com patrimônios mais vultosos, em regra, tem o cônjuge varão na administração dos bens, direitos e valores patrimoniais. Além disso, a captação desses bens, muitas vezes transformados em pecúnia, ações internacionais, ou mesmo locados em bancos internacionais, tem sido uma dificuldade para a triagem e apuração para um posterior inventário judicial e rateio entre ex-cônjuges.

Na seara dos alimentos de subsistência, existe atualmente uma doutrina<sup>5</sup> e jurisprudência consolidada<sup>6</sup> (STJ, Resp n° 1.205.408 e Resp n° 933.355 Rel. Min. Nancy Andrighi) no sentido de que deve ser estabelecido, o dever de um cônjuge entregar ao outro os alimentos necessários de subsistência, de forma temporária, transitória, e não permanente. Além disso, em alguns casos a busca do “real” valor a ser oferecido de um cônjuge ao outro também é um problema, por se omitir ou fraudar o real salário, rendimento, lucro mensal entre outros bens e valores.

A verdade é que o assunto dos alimentos é ainda nebuloso e dolorido no sentido prático porque há injustiças. Não existe no Brasil na seara do instituto dos alimentos no direito de família um sistema transnacional para a busca de patrimônio de brasileiros natos, naturalizados ou estrangeiros residentes no país, para a captação da integralidade dos bens de um ex-casal (família), como existe no direito penal e processual penal atualmente.

Com o CPC de 2015<sup>7</sup> existem institutos inovadores como a cooperação internacional (art. 26 a 27 do CPC) entre países estrangeiros, sendo ainda um assunto novo não possui uma prática no ordenamento jurídico brasileiro sobre seu procedimento e sua real efetividade.

No âmbito do direito da família a valoração jurisdicional para o acerto entre cônjuges sobre o patrimônio auferido na constância de um casamento ou de uma união estável ainda apresenta certa dificuldade, porque são processos demorados, longos, dispendiosos que

<sup>5</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. V. 6. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 502-503.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Justiça. *Resp n° 1.205.408 e Resp n° 933.355* Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21109139/recurso-especial-resp-1205408-rj-2010-0145953-6-stj/inteiro-teor-21109140>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>7</sup> BRASIL *Lei n° 13.105*, de 16 de mar de 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 01 mar. 2020.

podem durar décadas, e isso é tempo suficiente para pulverização daquele acervo patrimonial discutido entre as partes litigantes.

O fato é que: alguém ganha e o outro alguém perde. Isso é justo? Talvez, seja o ponto de partida para uma análise desse assunto de forma mais objetiva, específica e cuidadosa. A dignidade da pessoa humana está atrelada ainda que de forma complementar aos bens materiais que usufrui, ao seu estilo de vida e isso é uma verdade, um fato que deve ser observado, respeitado e preservado, dentro do contexto da boa-fé objetiva e subjetiva.

A fixação de divisão dos bens patrimoniais (quando não existe um acordo entre os litigantes) em sua maioria das vezes fica a critério do órgão jurisdicional, representado por um juiz de direito, e muitas vezes esse critério, que possui cunho subjetivo, apresenta falhas.

A quantificação e qualificação da divisão dos alimentos compensatórios entre ex-cônjuges na esfera judicial quando da existência de um litígio, deve ser observada sob o caráter objetivo, ou seja, qual o percentual para cada cônjuge quando da identificação de um patrimônio e se o cônjuge menos favorecido tem direito a essa indenização e como quantificá-la? Deve essa valoração permanecer dentro de uma seara mais subjetiva com critérios relacionados a idade, estado de saúde, qualificação profissional, colaboração do trabalho do cônjuge requerente e da sua dedicação a família?

Ao analisar essas perguntas, se constata que optar por pré-qualificar um cônjuge em virtude de sua condição física ou profissional para ter direito a parte daquele acervo patrimonial começa a parecer desigual. Qual seria o critério de uma indenização equânime?

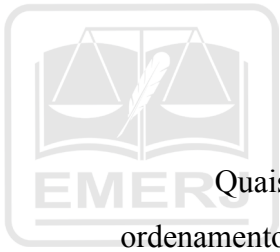
Cabe ao julgador valorar sobre essa divisão, quando existem elementos probatórios da existência de um casamento/união e a construção conjunta ou não de um patrimônio, mas que após o fim do casamento um dos cônjuges está em evidente desvantagem social e econômica em relação ao outro.

A criação de referências do Estado-Juiz na tentativa de julgamento de um processo relativo à indenização dos alimentos compensatórios é muito frágil, além de fixar valores “aleatórios” a fim de indenizar um quantum ao cônjuge mais prejudicado, pode também criar “abismos” sociais entre as partes litigantes.

A problematização desse assunto não se refere apenas a questões de ordem subjetiva como a qualificação dos cônjuges<sup>8</sup>, mas também se refere ao tempo para se obter uma resposta do Estado-Juiz. Quanto tempo se leva para o julgamento de uma ação sob o procedimento ordinário, que é o procedimento para esse tipo de discussão.

---

<sup>8</sup>MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 9 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1073.



Quais as mudanças no âmbito do direito de família, deveriam ser implementadas no ordenamento jurídico? O modo de se julgar deve mudar ou o ordenamento jurídico deve implementar instrumentos para a efetivação dos direitos dos litigantes? Muitas perguntas e poucas respostas.

Na teoria<sup>9</sup>, o instituto dos alimentos compensatórios sob a ótica do direito de família é exatamente restabelecer um equilíbrio material, social e moral entre os ex-cônjuges, no entanto, na prática, não há, na sua maioria, decisões céleres, objetivas e justas.

No âmbito do direito civil, no instituto dos contratos/relações obrigacionais, se verifica que existe uma “facilidade” do julgador quando da fixação de valores para se prestar uma resposta jurisdicional em relação ao litígio.

O casamento também tem uma natureza contratual, uma relação de direitos e deveres e de comunhão de bens e valores. Cabe aos nubentes quando do casamento ou da união estável, a escolha do regime de bens, portanto, se a escolha for o regime da comunhão parcial ou do regime de comunhão universal cria-se um vínculo de integração e acúmulo na esfera patrimonial desse casal, e na separação total de bens, a princípio, os bens não se comunicam entre os cônjuges.

Nesses casos, os parâmetros para o arbitramento dos alimentos compensatórios deveriam ser simplificados sob a ótica do direito de família. Em existindo elemento comprobatório que o acervo patrimonial construído por aquele casal no seio da família, a indenização deveria ser em montante maior de quem se casou sob o regime de separação total de bens? O parâmetro deve ser fixado em relação ao patrimônio “construído” durante a vigência do casamento, ou nas condições pessoais do cônjuge mais prejudicado? O tempo até a finalização de um processo de inventário judicial prejudicará algum dos cônjuges?

Ainda existe um enraizamento cultural e histórico de cunho patriarcal, que infelizmente está muito vivo na sociedade brasileira e isso influencia nas decisões jurisdicionais. Tenta-se ter uma visão otimista sobre o assunto, diante de tantas mudanças políticas que aconteceram no Brasil nos últimos trinta anos (pós-constituição), no entanto, no ordenamento jurídico existe um “limbo” temporal entre o início de processo (sob o procedimento comum) até a efetivação da prestação jurisdicional.

O processo de alimentos, em regra, tem uma carga emocional mais forte, principalmente porque se refere a uma ruptura de vida, não é apenas de um mero contrato negocial entre meros contratantes, contudo, decisões mais neutras e imparciais, valorando

---

<sup>9</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p.134.



primordialmente aspectos objetivos como o tempo de casamento e o acervo construído durante esse período (independentemente do regime de casamento do casal), seria um instrumento de julgamento que tenderia a priorizar o equilíbrio social e econômico dos cônjuges.

Em um país com tantas desigualdades no âmbito econômico, social, em especial sob o aspecto de gênero, idade, classe social, medidas deveriam ser concretizadas e implementadas no âmbito jurisdicional para decisões mais rápidas, mais didáticas e menos burocráticas, criando uma jurisprudência consolidada e forte sobre o assunto referente ao instituto dos alimentos compensatórios no âmbito familiar em consonância com a realidade da sociedade brasileira, que ainda é patriarcal, patrimonialista, machista e discriminatória.

### 3. CRITÉRIOS PARA O DEFERIMENTO DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

O propósito da compensação econômica é indenizar de forma temporária ou permanente o cônjuge desprovido de bens e meação, quando o divórcio ou a separação lhe cause repentina redução no seu padrão econômico. O jurista argentino Jorge O. Azpiri<sup>10</sup> afirma que a intenção dos alimentos compensatórios é o pagamento de uma indenização material ao cônjuge menos favorecido em sua situação sócio-econômico.

Os alimentos compensatórios não possuem previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Destaca-se que o art. 4º parágrafo único da Lei de Alimentos<sup>11</sup>, prevê o disposto normativo que além dos alimentos provisórios, o cônjuge casado sob o regime da comunhão universal de bens, terá direito a que o juiz fixe conjuntamente com os alimentos provisórios uma renda mensal referente a parte da renda líquida dos bens comuns administrados pelo devedor, tal medida poderia se assemelhar ao objetivo dos alimentos compensatórios.

Ainda que os alimentos compensatórios não se refiram apenas do regime de comunhão universal de bens, vale ressaltar que o instituto dos alimentos compensatórios é um instituto que pode auxiliar na partilha dos bens do ex-casal quando da extinção do vínculo matrimonial, em relação a parte menos favorecida e que na maioria das vezes não tem o poder de administração dos bens do casal, em razão da demora de um inventário litigioso.

Percebe-se que em 1968 quando da promulgação da Lei de Alimentos, o legislador teve o cuidado de inserir na norma legal um dispositivo que assegurasse o direito do cônjuge

<sup>10</sup> AZPIRI, Jorge O. *Regimen de biens em El matrimonio*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002 p.28.

<sup>11</sup> BRASIL. *Lei nº 5.478*, de 25 de jul de 1968. Disponível em: <HTTP:planalto.gov.br/ccivil\_LEIS/L5478.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.





(menos favorecido) em receber um valor mensal relativo à renda líquida dos bens comuns, administrados pelo cônjuge varão.

Isso porque dentro de um contexto social, a sociedade possuía um perfil paternalista e patrimonialista, cujo patrimônio da família era quase de forma unânime, administrada pelo cônjuge varão que possuía o poder de mando e administrava “a casa”, enquanto a mulher possuía suas funções de mãe e guardiã do lar, com tarefas exclusivamente domésticas.

Até esse momento na sociedade brasileira, se vive essa realidade. Apesar da emancipação da mulher, sua colocação no mercado de trabalho ainda não está no patamar de igualdade da do homem, muitas ainda vivem uma “ditadura” matrimonial. Apesar da mudança nas gerações mais novas, de mulheres que tem a oportunidade de estudo e trabalho, algumas optam ou escolhem de forma espontânea em cuidar da família e da rotina da casa, abdicando do seu trabalho, da sua profissão, priorizando o cuidado dos filhos e de sua rotina familiar, sem garantias.

A jurisprudência brasileira adotou o instituto dos alimentos compensatórios no ordenamento jurídico, contudo, a aplicação se restringe a apenas alguns processos no âmbito do direito de família. O Supremo Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito sobre a matéria, e o Ministro Luis Felipe Salomão<sup>12</sup> entende que tais alimentos visam possibilitar a indenização do cônjuge que renuncia de sua carreira profissional em razão da família e com o divórcio ou separação tem uma profunda queda em sua situação econômico-financeira.

O instituto dos alimentos tem suas peculiaridades e diferenças ao comparar a aplicação do direito alienígena em relação ao Brasil. Alguns doutrinadores<sup>13</sup> estrangeiros afirmam que a pensão compensatória deve ser imposta por tempo determinado, pois sua função não é equilibrar riquezas, mas sim atenuar desequilíbrios financeiros entre os cônjuges.

Independentemente do regime de casamento adotado pelos cônjuges, o Código Civil<sup>14</sup> expressamente estabelece no art. 1.566, o dever de respeito e assistência de forma mútua. Assim, a lei não estabelece diferenças de tratamento entre cônjuges em relação a gestão do patrimônio e estilo de vida adotados, pós-casamento.

O Código Civil no art. 1.694 dispõe que os cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros alimentos de subsistência. Cumpre ressaltar que ao estudar o instituto dos alimentos de subsistência com os alimentos compensatórios existem conectores muito

<sup>12</sup> SALOMÃO, Luis Felipe. *Direito Privado. Teoria e prática*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 664

<sup>13</sup> LEONARDO. Teresa Marin García de. El derecho de familia y los nuevos paradigmas. In: CARLUCCI, Aída Kemelmajer (Coord.) *Soluciones económica em las situaciones de crisis matrimonial: La temporalidad de la pension compensatória em Espana*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000. t. II, p. 88

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 01.



familiares entre os institutos, o que pode confundir o leitor na hora da diferenciação de um e de outro.

Como o próprio nome sugere os alimentos elencados no artigo 1.694 do Código Civil<sup>15</sup> denominados de subsistência, servem para as necessidades básicas e inerentes ao cônjuge para o exercício de sua dignidade como pessoa. Os alimentos compensatórios estão diretamente relacionados com o patrimônio dos cônjuges, ou de um deles, após o início do casamento ou união estável e com a posterior quebra da *affectio maritalis* surge a desigualdade financeira e social de um deles em detrimento do outro.

Ainda que a jurisprudência aceite o instituto, sua aplicação ainda é muito tímida no sistema processual brasileiro. Alguns doutrinadores<sup>16</sup> assumem um posicionamento contrário a aplicação do instituto dos alimentos compensatórios em razão de entenderem que é natural um dos cônjuges sofrer dificuldades financeiras como também o referido instituto pode estimular o ócio do cônjuge (alimentando).

Com o devido respeito aos doutrinadores filiados a essa corrente, aceitar os benefícios de um cônjuge em detrimento do outro e entender que isso é normal, foge do razoável e do sentido de justiça. Pode-se dizer que seria inaceitável em um país cujo regime adotado é a democracia seguir critérios subjetivos e prejudiciais a pessoa humana. O núcleo essencial do instituto dos alimentos compensatórios é a dignidade da pessoa, com isso há um sopesamento da situação sócio-econômica dos cônjuges quando do início, durante e após o fim do casamento, e deve-se buscar a proteção bilateral.

Em razão de uma ideia ou pensamento sob um conceito de pseudo “isonomia” entre os cônjuges, existe uma dificuldade e resistência na adoção desse instituto de forma mais ampla no ordenamento jurídico brasileiro, até porque se verifica em muitos julgados de alimentos de subsistência do art. 1.694 do Código Civil<sup>17</sup>, a regra imposta pela doutrina e jurisprudência de que os alimentos devem ser fixados de forma temporária e não permanente, salvo raríssimas exceções.

Outrossim, ainda existe certa confusão na diferenciação entre os alimentos compensatórios com os alimentos ressarcitórios (devidos em razão dos frutos da administração unilateral dos bens por um dos cônjuges após a separação do casal). O fato é que o instituto dos alimentos compensatórios tem fundamento na solidariedade familiar, e não depende da prova de necessidade, mas sim da prova da situação econômico-financeira atual

---

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. *Alimentos no Código Civil*. Aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 140-141.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 01.



do cônjuge menos favorecido em relação ao período em que era casado ou vivia uma união estável.

No direito francês<sup>18</sup>, não existe discussão de elementos subjetivos para a fixação de alimentos compensatórios, e passou a considerar desde 1975 critérios unicamente objetivos para a análise da desproporção econômico-social do cônjuge requerente. Doutrinadores e juristas constroem um entendimento sob o contexto fático vivenciado em determinado momento. A aplicação desse instituto deve ser feita sob o olhar apurado da condição mais vulnerável do cônjuge em relação ao outro em razão da dissolução conjugal.

Há doutrinadores<sup>19</sup> que equiparam o instituto da perda de uma chance pelo cônjuge que “perde” com o divórcio, o que enseja a reparação de prejuízos pessoais pela perda de oportunidades (passadas), por meio de uma indenização paga pelo cônjuge “favorecido”, sob o fundamento da solidariedade parental e da dignidade da pessoa humana.

O tema abre debate sobre diversos pontos, como o regime a ser “privilegiado” para o recebimento dessa indenização. Existem doutrinadores<sup>20</sup> que entendem que sua maior incidência é no regime de separação de bens e se o cônjuge não possui atividade profissional de trabalho. No entanto, adotar um regime, menosprezando os demais, acarretaria uma injustiça, tendo em vista que o instituto dos alimentos compensatórios se direciona em equilibrar a situação econômico-financeira entre os cônjuges após separação. Ressalta-se que o desequilíbrio social pode ocorrer em qualquer regime de casamento instituído pelas partes pós-casamento, principalmente quando a Justiça de um país é extremamente lenta e deficiente, e não possui conceitos objetivos pré-determinados para o enfrentamento do problema.

## CONCLUSÃO

O tema referente aos alimentos compensatórios abre discussão a respeito de quais parâmetros devem ser usados para sua aplicação no direito brasileiro. Como informado, o referido instituto advém do direito alienígena, como o direito espanhol e argentino, que possuem critérios de ordem subjetiva para a fixação dos alimentos compensatórios nesses casos.

---

<sup>18</sup> ALBERDI, Beatriz Saura. *La pensión compensatória*; critérios delimitadores de su importe y extensión. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 32.

<sup>19</sup> COLOMA, Aurélio Maria Romero. *Reclamaciones e indenminizaciones entre familiares em El marco de La responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch, 2009, p. 67

<sup>20</sup> MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 9 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1083.

Verifica-se que o tema ainda que seja um assunto embrionário, possui pouca aplicação no direito brasileiro, isso porque não é uma matéria amplamente debatida e porque abre ensejo para questões relacionadas ao patrimônio das pessoas. Os alimentos compensatórios, como falado, não tem um condão de subsistência como os alimentos dispostos no art. 1.694 do Código Civil, mas tem um caráter indenizatório, buscando “nivelar” de forma mais equilibrada o padrão social dos ex-cônjuges pós-ruptura matrimonial.

Existem alguns fatores sob o viés subjetivo, para a fixação dos alimentos compensatórios. Discute-se quais os regimes de casamento que devem ser beneficiados para que o referido instituto seja aplicado. O fato é que o referido instituto não será aplicado em qualquer divórcio ou separação. Isso se dá ao fato de que apenas em situações mais específicas existe uma profunda mudança no padrão de vida de um dos cônjuges após o divórcio de forma a impactar na sua vida.

Com efeito, cônjuges com famílias que usufruem de padrões econômicos e sociais mais altos são quem tem maiores chances para o requerimento dos alimentos compensatórios. O pedido também pode ocorrer se um deles, em razão da renúncia a um trabalho ou profissão, se dedicou de forma integral à “casa” e a família, não tendo mais possibilidade de inserção no mercado de trabalho em razão da idade ou da falta de oportunidade no mercado para manter um estilo de vida como quando era casado.

Ocorre que no Brasil não existe expressamente elencado em uma norma legal o instituto dos alimentos compensatórios, o que muitas vezes, pode haver uma certa confusão na sua aplicação, primeiro porque muito se assemelha aos alimentos de subsistência elencados no Código Civil e segundo em razão da falta de conhecimento e pouca aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Pode se entender que fixação de alimentos compensatórios afasta a fixação dos alimentos de subsistência, como também pode se pensar que o pedido de alimentos compensatórios deve ser requerido tão logo ocorra a separação ou o divórcio sob pena de renúncia, não há regras determinadas.

Uma das perguntas que se faz é porque não existe uma lei dispendo a respeito, e quais os critérios que poderiam ser utilizados para a sua melhor compreensão e aplicação no ordenamento processual nacional a fim de haja um equilíbrio econômico isonômico no padrão de vida dos ex-cônjuges depois de um casamento.

O assunto é discutido de forma menos superficial por poucos doutrinadores que atuam no Direito de Família. Entretanto, não há definição de critérios para que o instituto seja aplicado de forma mais clara em casos de divórcio de famílias em que o padrão de vida dos



cônjuges seja profundamente prejudicado, pois, ainda hoje, o lado mais fragilizado e prejudicado é a mulher, que disponibilizou parte da sua vida para cuidado da família.

O pensamento que se chega quando da análise do instituto é o motivo da pouca repercussão do referido assunto, já que se encontra no ordenamento jurídico brasileiro a lei de alimentos (Lei nº 5.478/68), lei de alimentos gravídicos (Lei n.º 11.804/2008), normatização dos alimentos provisórios, normatização dos alimentos provisionais (art.1706 do CC). Será que ainda não chegou a hora de se discutir de forma mais pontual a respeito dos alimentos compensatórios para sua aplicação efetiva no ordenamento?

É necessário um posicionamento mais atuante da doutrina e jurisprudência para que o referido instituto seja um instrumento positivo para pessoas que se veem prejudicadas quando do divórcio, seja porque o outro cônjuge administra a totalidade dos bens, seja porque o regime de casamento não o favorece na partilha dos bens, seja porque existe uma justiça morosa e deficiente para a efetivação do seu direito, até finalização do inventário judicial.

## REFERÊNCIAS

ALBERDI, Beatriz Saura. *La pensión compensatoria*; critérios delimitadores de su importe y extensión. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

AZPIRI, Jorge O. *Regimen de biens em El matrimonio*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Alimentos no Código Civil*. Aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Justiça. *Resp nº 1.205.408 e Resp nº 933.355* Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21109139/recurso-especial-resp-1205408-rj-2010-0145953-6-stj/inteiro-teor-21109140>. Acesso em: 20 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105*, de 16 de mar de 2015. Disponível em: [http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/11406](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/11406). Acesso em: 01 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5.478*, de 25 de jul de 1968. Disponível em [http://planalto.gov.br/ccivil\\_LEIS/L548.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_LEIS/L548.htm). Acesso em: 25 abr. 2020.



\_\_\_\_\_. *Lei n.º 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002) Acesso em: 01 abr. 2020

COLOMA, Aurélia María Romero. *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares em El marco de La responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. V. 6. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEONARDO. Teresa Marin García de. El derecho de família y los nuevos paradigmas. In: CARLUCCI, Aída Kemelmajer (Coord.) *Soluciones económica em lãs situaciones de crisis matrimonial: La temporalidad de la pension compensatória em Espana*. T. II, Buenos Aires: Rubinzal-Cluzoni, 2000.

LIMA, Marcellus Polastri; OLIVEIRA, Renata Vitória. *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*. V. 9(maio/jun.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 9 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

SALOMÃO, Luis Felipe. *Direito Privado. Teoria e prática*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Método, 2015.



## O PROTAGONISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA: UMA ANÁLISE DA ADO n° 26 E DO MI n° 4733.

Mateus Nascimento Zgur

Graduado em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Advogado.

**Resumo** – a evolução da sociedade revestiu o direito penal de algumas garantias que foram desenvolvidas a partir dos axiomas de Luigi Ferrajoli, dentre as quais estão a legalidade e taxatividade penal. O Estado democrático de direito também pode ser caracterizado pela previsão de diversas garantias e direitos fundamentais que buscam assegurar uma existência digna. Um desses instrumentos constitucionais é o mandado de injunção que deve ser vislumbrado como verdadeiro mecanismo de efetividade e concretização de direitos fundamentais, podendo inclusive assumir reflexos penais. Nesse sentido, o presente estudo buscará analisar os limites da Teoria Concretista do mandado de injunção, bem como a viabilidade da utilização da via mandamental para a criminalização da LGBTfobia.

**Palavras-chave** – Direito constitucional. Direito penal. Mecanismos de controle de constitucionalidade. Omissão legislativa. ADO n° 26. MI n° 4733. Homofobia. Transfobia.

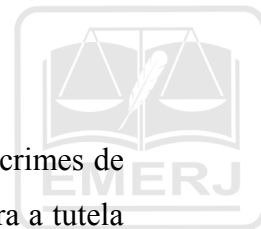
**Sumário** – Introdução. 1. Os limites ao exercício do controle de constitucionalidade por omissão em face do princípio da separação de poderes. 2. O alcance da expressão “direitos e liberdades constitucionais”, a delimitação do objeto do mandado de injunção e seu alcance no direito penal. 3. A criminalização da LGBTfobia no Brasil. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O exercício do controle de constitucionalidade por omissão, em especial pela via do Mandado de Injunção, opera-se de forma mais efetiva pela adoção da teoria concretista. Além de declarar a mora legislativa, o Judiciário está apto a criar mecanismos concretos para viabilizar o exercício de direitos constitucionalmente assegurados, encontrando certos limites decorrentes de outros princípios constitucionais.

As funções legislativa, executiva e judiciária são independentes e autônomas entre si. Apesar disso, a própria Constituição Federal prevê formas de intervenção entre funções, os chamados mecanismos de freios e contrapesos (*Checks and balances*), que autorizam o exercício de funções atípicas. Assim, a intervenção entre funções nem sempre será ilegítima, logo, a fim de que seja mantida a integridade da federação, casos pontuais de intervenção, pautados pela proporcionalidade e razoabilidade, deverão ser observados.

O primeiro capítulo será destinado a verificar a compatibilidade entre a criminalização da homofobia e da transfobia no exercício do controle de constitucionalidade e os princípios da separação de poderes, legalidade e tipicidade penal, pois com o julgamento da ADO n° 26



e do MI n° 4733, o STF enquadrando a homofobia e a transfobia (LGBTfobia) como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. Embora existam meios mais eficazes para a tutela de direitos, é evidente a comoção social que circunda o tema e a necessidade de proteção das minorias e grupos mais vulneráveis.

O exercício do controle de constitucionalidade nestas hipóteses remete a Teoria do Direito Penal Simbólico, avaliada numa perspectiva distorcida, na medida em que o Judiciário, em decorrência de comoção geral, viabilizou a criação de tipos penais sem lei prévia. Em geral tal teoria critica a edição de sucessivas leis, utilizadas para criminalizar condutas condenáveis, mas que se mostram inúteis, ou seja, não são eficazes no combate a criminalidade. Assim, o segundo capítulo se destinará a avaliação da efetividade da criação de tipos penais como verdadeiros instrumentos de repressão a condutas criminosas.

O terceiro capítulo se destina a análise crítica da ADO n° 26 e do MI n° 4733, limitando-se ao aspecto da criminalização da homofobia e transfobia, sob a ótica da legalidade e tipicidade penal. Busca-se compatibilizar tais princípios com o mandado de incriminação referente aos incisos XLI e XLII do art. 5° da CRFB e da Teoria Concretista (art. 8° da Lei n° 13.300).

Mediante pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial, bem como o emprego do método hipotético-dedutivo, busca-se por meio da argumentação promover o acolhimento ou rejeição dos fundamentos utilizados pelo STF na ADO n° 26 e no MI n° 4733 a fim de sustentar tese sobre o tema. O pesquisador, mediante a constatação da necessidade de tipificação da LGBTfobia, irá verificar a adequação da medida adotada pelo Judiciário para a solução de um problema social relevante, qual seja, a prática de condutas criminosas motivadas por questões de orientação sexual e diferença de gênero, e se isso implicaria em violação a legalidade e tipicidade penal.

## 1. OS LIMITES AO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Os instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão são a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado e Injunção, ambos decorrentes de manifestação do Poder Constituinte Originário, na forma do art. 5°, LXXI e do art. 103, § 2° da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>1</sup> e, portanto, dotados de presunção

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2020.





absoluta de constitucionalidade. Nas palavras de Meirelles, Wald e Mendes<sup>2</sup> consistem em verdadeiros instrumentos de “concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado democrático de Direito, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana”.

Historicamente, “negava-se, igualmente, a possibilidade de se formular qualquer pretensão contra o legislador”<sup>3</sup>, justamente pelo princípio da liberdade de conformação legislativa, pelo qual caberia ao legislador formar sua convicção sobre a escolha dos meios mais adequados para a concretização da finalidade pública. A partir da Constituição Alemã de 1949<sup>4</sup>, observa-se alteração significativa no ordenamento jurídico, flexibilizando-se a livre conformação em prol dos direitos e garantias fundamentais.

Meirelles Wald e Mendes<sup>5</sup> trazem de forma clara a evolução do controle de constitucionalidade por omissão a partir da doutrina e jurisprudência alemãs. Diante de imperiosa necessidade do “desenvolvimento de novas técnicas de decisão, que se afigurassem adequadas a eliminar do ordenamento jurídico essa peculiar forma de afronta à Constituição sem violentar a própria sistemática constitucional consagrada na Lei Fundamental”. Nessa dinâmica a solução adotada pelo Tribunal Alemão para as hipóteses de omissão legislativa foi a utilização da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Tal mecanismo apresenta similaridade com a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, instrumento de controle abstrato, que basicamente permite a declaração da mora legislativa e a notificação do Poder competente (art. 12-H da Lei n° 9.868/99<sup>6</sup>). A partir daí surgem novos desafios ao Estado Democrático de Direito, posto que a simples declaração da omissão legislativa não é capaz de concretizar direitos que devem ser assegurados pelo próprio Estado.

Nesse contexto, para Maneiro<sup>7</sup> e Dantas<sup>8</sup> o Mandado de Injunção se apresenta como remédio constitucional tipicamente brasileiro, havendo, no entanto figuras no direito comparado que com ele se assemelham como as figuras do *Injunction* do Direito Inglês, do *writ of injunction* do Direito Norte-americano e o *Verfassungsbeschwerd* do Direito Alemão.

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 525.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 526.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 526-528.

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei n° 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2020.

<sup>7</sup> MANEIRO, Renata de Marins Jaber. *Mandado de Injunção, diálogos constitucionais e o papel do STF*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 33-34.

<sup>8</sup> DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Mandado de Injunção. *Revista dos Tribunais*. V. 788, p.727, jun. 2001.

Com o advento da Lei nº 13.300/2016, que passou a regular o processo e julgamento do mandado de injunção, observa-se de forma expressa a adoção da chamada Teoria Concretista pelo art. 8º da lei supracitada.

O inciso I do art. 8º da Lei nº 13.300/2016<sup>9</sup> permite que, ao identificar a omissão inconstitucional que inviabilize “o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 2º da Lei nº 13.300/2016), o Judiciário estabeleça condições para a efetivação do direito. O cerne da controvérsia consiste no fato de que o inciso LXXI do art. 5º da CRFB/1988<sup>10</sup> não menciona expressamente tal possibilidade, o que é rebatido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania<sup>11</sup> que entende pela constitucionalidade desse dispositivo, confirmando a tese firmada pelo STF a partir de 2007.

Nesse aspecto, o Senador Eunício Oliveira, em parecer elaborado no bojo do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 18, de 2015<sup>12</sup> (nº 6.128, de 2009, na origem) expõe que após dezessete anos, o STF promoveu *overruling*, e em 2007 passou a entender que o mandado de injunção não poderia ter como único efeito a declaração da mora constitucional, sob pena de esvaziamento desta ação constitucional. No julgamento do MI nº 712<sup>13</sup>, o Supremo Tribunal identificou a ausência de norma que disciplinasse o art. 37, inciso VII, da CF e permitisse o exercício do direito de greve no setor público, tornando aplicável a Lei nº 7.783/1989 aos servidores.

Associando a jurisprudência do STF, construída a partir do MI nº 712, e o teor do art. 8º da Lei nº 13.300/2016<sup>14</sup>, tornou-se praticamente unânime o entendimento de que é legítima a atuação do Judiciário na concretização de direitos e garantias fundamentais inviabilizadas pela inércia do Legislativo. O controle de constitucionalidade exercido em sede de Mandado de Injunção, por si só, não configura violação ao princípio da separação de poderes, posto que é inerente ao Estado Democrático e compatível com os mecanismos de freios e contrapesos.

<sup>9</sup> BRASIL. *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2020.

<sup>10</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>11</sup> BRASIL. Senado Federal. *Parecer/2015*. Relator: Senador Eunício Oliveira. Disponível em: <[legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4518092&ts=1567518564742&disposition=inline](http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4518092&ts=1567518564742&disposition=inline)>. Acesso em: 19 out. 2019.

<sup>12</sup> BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara nº 18, de 2015*. Disponível em: <[www25.senado.leg.br/web/atividade/matérias/-matéria/120401](http://www25.senado.leg.br/web/atividade/matérias/-matéria/120401)>. Acesso em: 13 abr. 2020.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 712*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <[redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553)>. Acesso em: 20 out. 2019.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.



Utilizando-se das palavras de Barroso<sup>15</sup> o mandado de injunção constitui instrumento de tutela efetiva de direitos, permitindo que “o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto”. Tal conclusão não torna o Mandado de Injunção uma carta branca para que o Judiciário atue de forma ilimitada no controle de constitucionalidade. Para Amaral<sup>16</sup> “o Judiciário pode, observados certos limites, legislar para o caso concreto, adotando assim a solução que melhor atenda, nas circunstâncias examinadas, ao direito que o autor demonstrar inviabilizado pela falta de norma”.

Assim, os limites à atuação do Judiciário são exatamente aqueles previstos no próprio texto constitucional. Deve ser observado o teor do art. 5º, § 1º da CRFB/1988<sup>17</sup>, que estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” como vetor interpretativo e como forma de legitimação da intervenção do Poder Judiciário. Evidente que o STF, enquanto guardião da Constituição Federal estará exercendo sua função constitucional quando atuar na implementação de direitos fundamentais.

Conforme ensina Barroso<sup>18</sup> “por este tipo de previsão constitucional, atribui-se ao Poder Judiciário, em muitos casos, uma atividade que se torna regulamentar, antes que jurisdicional”. Dantas<sup>19</sup> assevera que a atuação do Judiciário tem se agigantado no modelo de Estado moderno, admitindo-se por força da Constituição “que se dê a atividade jurisdicional no campo da atividade regulamentar, para suprir a omissão da atividade legislativa ou até mesmo administrativa”.

Assim, o primeiro limite à atuação jurisdicional será, por óbvio, os exatos e delimitados termos em que se observa “a omissão ou o inadimplemento do poder competente para a regulamentação do direito subjetivo albergado na Constituição”<sup>20</sup>, constituindo verdadeiro meio de tutela de direitos subjetivos. Além disso, a Constituição Federal é una, devendo o aplicador do direito prezar pela sua unidade. O princípio da unidade da Constituição, a razoabilidade e outros princípios constitucionais, implícitos ou explícitos, também devem ser observados como limitadores da intervenção judicial.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 267.

<sup>16</sup> AMARAL, Rubso Santos. *A omissão legislativa e o Mandado de Injunção*. 2005. 19 f. TCC (Curso de Especialização em Direito Legislativo). UNILEGIS e UFMS. Mato Grosso do Sul, 2005. Disponível em: <[www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141087/RUBSON%20SANTOS%20AMARAL.pdf?sequence=4&isAllowed=y](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141087/RUBSON%20SANTOS%20AMARAL.pdf?sequence=4&isAllowed=y)>. Acesso em: 19 out. 2019, p. 7.

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

<sup>18</sup> BARROSO apud AMARAL, Rubso Santos. *A omissão legislativa e o Mandado de Injunção*. 2005. 19 f. TCC (Curso de Especialização em Direito Legislativo). UNILEGIS e UFMS. Mato Grosso do Sul, 2005, p.6. Disponível em: <[www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141087/RUBSON%20SANTOS%20AMARAL.pdf?sequence=4&isAllowed=y](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141087/RUBSON%20SANTOS%20AMARAL.pdf?sequence=4&isAllowed=y)>. Acesso em: 19 out. 2019.

<sup>19</sup> DANTAS, op. cit., nota 8.

<sup>20</sup> Ibid.

## 2. O ALCANCE DA EXPRESSÃO “DIREITOS E LIBERDADES CONSTITUCIONAIS” NO MANDADO DE INJUNÇÃO

O presente capítulo visa analisar o objeto do Mandado de Injunção, bem como o alcance da expressão “direitos e liberdades constitucionais” utilizada pelo Constituinte Originário na redação do inciso LXXI do art. 5º da CRFB de 1988<sup>21</sup>. No tocante ao objeto do Mandado de Injunção, prevalece na doutrina que este constitui remédio constitucional relacionado às normas de eficácia limitada, conceito trabalhado José Afonso da Silva<sup>22</sup>, bem como por Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco<sup>23</sup>.

Segundo Mendes e Branco<sup>24</sup> as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas introduzidas no texto constitucional e que “somente produzem os seus efeitos essenciais após um desenvolvimento normativo, a cargo dos poderes constituídos”, razão pela qual se verifica que as normas classificadas como tal seriam incompletas. Adentrando propriamente no Mandado de Injunção, o texto do art. 5º, LXXI da CRFB<sup>25</sup> delimita seu cabimento “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Como pressuposto para a utilização deste remédio constitucional, faz-se necessário a identificação, em determinado caso concreto, da existência de alguns elementos: norma constitucional de eficácia limitada; a inércia do legislador infraconstitucional (omissão legislativa); a existência de direito, liberdade ou prerrogativa cujo exercício se encontre inviabilizado; nexos entre a impossibilidade de fruição plena do direito, liberdade prerrogativa e a ausência de norma infraconstitucional.

Num primeiro momento há que se diferenciar direitos, garantias e liberdades. Segundo Georges Abboud e Henrique Garbellini Carnio<sup>26</sup> comumente se define o direito no sentido subjetivo como a *facultas agendi*, sendo que em tal dimensão “ele representaria um poder de exigir determinado comportamento de outrem, sendo que tal poder é conferido pela norma jurídica”. Por tais termos, direito nada mais é do que a faculdade de fazer aquilo que determinada norma jurídica lhe atribui, ainda que contra os interesses de terceiros.

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82.

<sup>23</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 70.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>26</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini. *Direito Subjetivo I: conceito, teoria geral e aspectos constitucionais*. Revista de Direito Privado. V. 52. p. 11. 2012.



Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco<sup>27</sup> promovem distinção bem objetiva entre direitos e garantias. Os direitos têm como objeto imediato determinado bem da pessoa, como por exemplo, a vida e a honra, já as garantias tutelam direitos de forma indireta. As garantias servem justamente para instrumentalizar direitos, permitindo que seu titular exija do Poder Público meios para o seu gozo efetivo. Por fim, as liberdades constitucionais, segundo Francisco Dantas<sup>28</sup>, estão “intimamente relacionadas com as tradicionais liberdades públicas, por meio das quais os indivíduos têm protegida sua esfera individual do mau uso do poder pelo Estado”.

Diante disso, será preciso analisar em concreto se algum direito, liberdade ou garantia constitucionais estão sofrendo restrição. Superada tal etapa, ainda não se pode falar em cabimento do Mandado de Injunção sem que tenha sido identificada uma omissão legislativa, sendo este o segundo requisito.

Para Solon Sehn<sup>29</sup> a omissão legislativa capaz de ensejar a impetração é aquela na qual se vislumbra “um dever de legislar decorrente de uma imposição constitucional concreta e determinada, implícita ou explícita, violada pelo não-fazer do legislador ordinário”. Frisa o autor que um simples dever geral de legislar “não dá ensejo à configuração de uma omissão inconstitucional”, pois o Mandado de Injunção é mecanismo de controle de constitucionalidade concreto, não podendo ser encarado como ferramenta para impor ao legislador deveres genéricos.

O nexos de causalidade determina que apenas seja cabível o Mandado de Injunção quando tal frustração puder ser relacionada com a ausência da norma regulamentadora. Historicamente, o Brasil foi marcado por alguns episódios de abuso e usurpação do poder do povo, o que certas vezes implicou em negação a direitos fundamentais outrora reconhecidos. Um desses episódios marcantes se deu durante a Ditadura Militar, com a expedição do Ato Institucional nº 5, que segundo Américo Bedê Junior<sup>30</sup> constituiu “instrumento jurídico que deu aparência de legalidade e legitimidade a uma série de perseguições e medidas que violaram os mais mezinhos direitos fundamentais, tudo isso acompanhado da previsão expressa de que os Atos estariam fora do controle judicial”.

---

<sup>27</sup> MENDES; BRANCO, op. cit., p. 169-170.

<sup>28</sup> DANTAS, op. cit., nota 8.

<sup>29</sup> SEHN, Sólón. *O Mandado de Injunção e Controle das Omissões Legislativas*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. V. 36/2001. p. 236 – 256. 2001.

<sup>30</sup> BEDÊ JÚNIOR, Américo. *Constitucionalismo sob a Ditadura Militar de 64 a 85*. *Revista de Informação Legislativa*. Número 197. p. 161-174. 2013. Disponível em: <[www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril\\_v50\\_n197\\_p161.pdf](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p161.pdf)>. Acesso em: 13/04/2020.

Nesse diapasão, verifica-se que quando o Constituinte previu direitos e liberdades fundamentais assim o fez para vê-los cumpridos de forma integral, o que justamente se confirma pela existência de garantias e remédios constitucionais que são formas de instrumentalizar o exercício digno e pleno da vida privada. Na ótica de um Estado Democrático de Direito pode-se dizer que uma das principais funções do Mandado de Injunção é a materialização de direitos fundamentais.

A divisão dos direitos fundamentais em gerações constitui construção histórica e evolutiva relacionada à condição humana. Os direitos de primeira geração, ou direitos das liberdades, são aqueles que impõem ao Estado um dever de não intervir, ao passo que os direitos de segunda geração compreendem àqueles cuja efetivação demanda uma atuação positiva do Estado, de caráter prestacional.

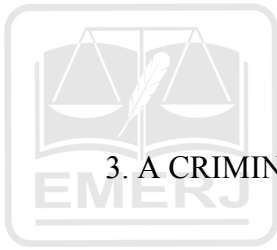
Os conceitos dos direitos de primeira e segunda geração já se mostram suficientes para a pretensão deste trabalho, dos quais é possível extrair alguns mandamentos atribuídos ao Estado: proibição de intervenção; proibição de uma intervenção com excesso; dever de intervenção; vedação de uma intervenção insuficiente. O princípio da proibição da proteção insuficiente teve origem na Alemanha, por meio da distinção promovida pela jurisprudência e doutrina entre dois modos de proteção de direitos.

Segundo Lenio Luiz Streck<sup>31</sup>, o primeiro modo de proteção é o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) e o segundo a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*). Na visão do autor haverá inconstitucionalidade caso o “grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção”. De igual modo, do ponto de vista desenvolvido pelo garantismo penal o Estado tem o dever de promover a defesa plena da sociedade, inclusive no combate à criminalidade.

Nesse sentido Eduardo Faria Fernandes<sup>32</sup> esclarece que sendo um estado democrático, o Brasil “se obrigou com a sociedade, de forma que o direito penal passa ter de ser examinado também a partir de um garantismo positivo”, implicando no dever de proteção integral de direitos. Sendo assim, o Mandado de Injunção deve ser utilizado como ferramenta para viabilizar o pleno gozo de direitos fundamentais, inclusive em âmbito penal. Apesar disso, sua utilização precisa encontrar respaldo constitucional e ocorrer nos estritos termos da omissão legislativa sob pena de lesão à separação de poderes e aos princípios constitucionais penais.

<sup>31</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?*. 2008, p. 1. Disponível em: <jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht> . Acesso em: 13/04/2020.

<sup>32</sup> FERNANDES, Eduardo Faria. Princípio da Vedação à Proteção Deficiente. *Revista de Artigos Científicos dos Alunos da Emerj*, Rio de Janeiro, v.3, n.1, 2011, p. 11-12.



### 3. A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL

No Brasil a criminalização da LGBTfobia ocorreu por meio pouco comum, decorrendo do julgamento da ADO n° 26 e do MI n° 4733<sup>33</sup>. O Supremo Tribunal Federal nos autos do MI 4733 julgou procedente a pretensão reconhecendo a mora inconstitucional do Congresso Nacional e estendeu a aplicação da Lei n° 7.716/89<sup>34</sup> a crimes resultantes de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. A omissão legislativa decorre dos mandados de criminalização previstos nos incisos XLI e XLII do art. 5° da CRFB<sup>35</sup>.

O julgamento foi alvo de críticas que em parte correspondiam à posição externada pelo Ministro Marco Aurélio<sup>36</sup> que não admitiu a via mandamental (MI n° 4733) por considerá-la inadequada processualmente e admitiu parcialmente a ADO n° 26, deixando de reconhecer a omissão quanto à criminalização da LGBTfobia. Para o Ministro referido<sup>37</sup>, criminalizar a LGBTfobia por tais vias implicaria em inadequada ampliação da Lei do Racismo e violação à legalidade penal, reiterando que a “sinalização do STF para a necessária proteção das minorias e dos grupos socialmente vulneráveis, por si só, contribui para uma cultura livre de todo e qualquer preconceito e discriminação”.

Ricardo Lewandoski<sup>38</sup>, reconhecendo a omissão legislativa, entendeu pela necessidade de lei para fins de punição penal. Para o Ministro a extensão de um tipo penal “para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos”.

Em síntese, o STF promoveu a criminalização da LGBTfobia diante do reconhecimento da omissão legislativa inconstitucional e da determinação para a aplicação da Lei de Racismo. Em que pese às críticas promovidas, diante do atual cenário brasileiro o Mandado de Injunção se mostrou como o único instrumento judicial capaz de promover uma tutela mais efetiva dos direitos e liberdades de pessoas LGBT, que claramente constituem

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa*. Notícias STF. 2019. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010)>. Acesso em: 14 abr. 2020.

<sup>34</sup>BRASIL. *Lei n° 7.716*, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2020.

<sup>35</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>36</sup> BRASIL, op. cit., nota 33.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI n° 4733*. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. p. 19. Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2020.



parcela da população em condição de vulnerabilidade acentuada decorrente da discriminação pautada pelo gênero e orientação sexual.

Conforme informações divulgadas pelo programa Dossiê LGBT+, desenvolvido pelo Rio de Janeiro junto à Secretaria de Segurança<sup>39</sup> e pela ONG Grupo Gay da Bahia<sup>40</sup>, no Brasil não existe nenhum tipo de controle estatístico oficial sobre os crimes cometidos contra vítimas da comunidade LGBT. Estudo divulgado pelo Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT<sup>41</sup>, vinculado ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos também revelam a ausência de dados estatísticos sobre a população carcerária LGBT, bem como de políticas de proteção e atenção às demandas específicas dessa população.

O problema social envolvendo a discriminação desse grupo tem aumentado com o passar do tempo, na medida em que as autoridades públicas não se mostram muito abertas à adoção de novas formas de combate aos crimes motivados por discriminação decorrente de orientação sexual e questões de gênero. Dados divulgados pela ONG Grupo Gay da Bahia<sup>42</sup> nos anos de 2016, 2017 e 2018 demonstram que o número de mortes foi respectivamente 343, 445 e 420.

Informações constantes do relatório do Transgender Europe (TGEU)<sup>43</sup>, revelam que o Brasil é o país com o maior número de vítimas LGBT+, apresentando inclusive dados estatísticos mais graves que os contabilizados em países que criminalizam a homossexualidade. O estudo realizado pela TGEU indica que o Brasil é um dos países que mais mata pessoas transexuais, contabilizando 40% das mortes em todo o planeta, o que por si só já demonstra que a liberdade e dignidade dessas pessoas não tem sido exercida de forma plena no país.

Em âmbito internacional, tais questões tem sido objeto de debates e construções. Em 05 de junho de 2013 foi aprovada a Convenção Interamericana contra Toda Forma de

---

<sup>39</sup> MATOS, Victor Chagas; LARA, Erick Baptista Amaral de. *Dossiê LGBT+ 2018*. Rio de Janeiro: RioSegurança, 2018. Disponível em: <[www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/8528204/4225954/DossieLGBT1.pdf](http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/8528204/4225954/DossieLGBT1.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

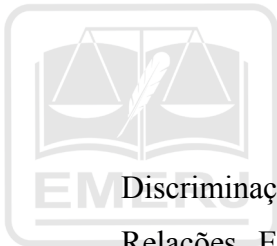
<sup>40</sup> GRUPO GAY DA BAHIA. *Relatórios anuais de morte de homossexuais*. Disponível em: <[grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-homossexuais/](http://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-homossexuais/)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

<sup>41</sup> DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT. *LGBT nas Prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento*. Brasília: 2020. Disponível em: <[www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf](http://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

<sup>42</sup> GRUPO GAY DA BAHIA, op. cit., nota 40.

<sup>43</sup> BALZER, Carsten; LAGATA, Carla; BERREDO, Lucas. *TMM annual report 2016*. TvT Publication Series Vol. 14, October 2016. Disponível em: <[transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf](http://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2020.





Discriminação e Intolerância<sup>44</sup>, que conforme a Nota 197, divulgada pelo Ministério das Relações Exteriores representou o “o primeiro documento internacional juridicamente vinculante a expressamente condenar a discriminação baseada em orientação sexual, identidade e expressão de gênero”<sup>45</sup>. A convenção supracitada se funda nos princípios da igualdade e da não discriminação.

Sendo assim, diante desse contexto a “sinalização do STF” sobre a necessidade de proteção dessas pessoas não parece suficiente para viabilizar o pleno exercício de uma vida digna. Faz-se necessário a adoção de políticas públicas e medidas mais concretas para garantir a igualdade e a não discriminação. Noutro ponto, o conceito de racismo sofreu algumas alterações ao longo do tempo. Ao considerar a raça humana uma, o conceito de racismo estaria comprometido, surgindo alegações rasas como a de crime impossível. Hodiernamente, o conceito biológico de racismo foi substituído por uma conotação pautada em critérios sócio-políticos.

Esse conceito foi outrora adotado pelo STF no julgamento do emblemático caso Siegfried Ellwanger (HC n° 82.424/2004)<sup>46</sup> que envolveu o crime de anti-semitismo. Para a defesa, a conduta praticada pelo acusado não constituía racismo com base “na premissa de que os judeus não são raça”. Nos autos do HC n° 82.424/2004 o STF<sup>47</sup> concluiu que o racismo, em sua concepção jurídico-constitucional, consiste em atentado contra princípios atrelados à respeitabilidade e à dignidade.

De modo semelhante o ponto três constante da íntegra da tese firmada na ADO n° 26/DF<sup>48</sup>, traz o conceito social de racismo, permitindo que o os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5° da CRFB/1988<sup>49</sup> alcancem condutas LGBTfóbicas. No julgamento da ADO n° 26<sup>50</sup> e do MI n° 4733 o STF<sup>51</sup> tomou por base a

---

<sup>44</sup> OAS. *Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância*, de 05 de junho de 2013. p. 4. Disponível em: <[www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter\\_american\\_treaties\\_A-69\\_Convencao\\_Interamericana\\_discriminacao\\_intolerancia\\_POR.pdf](http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_discriminacao_intolerancia_POR.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

<sup>45</sup> PATRIOTA, Antonio de Aguiar; BAIROS, Luiza; NUNES, Maria do Rosário. *OEA aprova a Convenção Interamericana contra o racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância e a Convenção Interamericana contra Toda a Forma de Discriminação e Intolerância*. Nota 197. Disponível em: <[www.itamaraty.gov.br/pt-BR/component/content/article?id=2361:oea-aprova-a-convencao-interamericana-contra-o-racismo-a-discriminacao-racial-e-formas-correlatas-de-intolerancia-e-a-convencao-interamericana-contra-toda-forma-de-discriminacao-e-intolerancia](http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/component/content/article?id=2361:oea-aprova-a-convencao-interamericana-contra-o-racismo-a-discriminacao-racial-e-formas-correlatas-de-intolerancia-e-a-convencao-interamericana-contra-toda-forma-de-discriminacao-e-intolerancia)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 82.424/2004*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <[www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia\\_pt\\_br&idConteudo=185077&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms)>. Acesso em: 16 abr. 2020.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO n° 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2020.

<sup>49</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>50</sup> BRASIL, op. cit., nota 48.

<sup>51</sup> BRASIL, op. cit., nota 38.



definição de racismo em sua dimensão social, que se projeta para além das questões raciais, biológicas e fenotípicas.

Segundo o STF<sup>52</sup> “as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém” podem ser traduzidas como expressões de racismo e, portanto, “ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989”. Assim, constata-se que os atos de discriminação fundados em orientação sexual e identidade de gênero constituem racismo.

Ultrapassado esse pressuposto faz-se necessária a análise da pretensão veiculada pela via mandamental, pois conforme elucidado pelo Ministro Celso de Mello no MI nº 642<sup>53</sup> é essencial encontrar uma necessária correlação entre uma imposição constitucional de legislar e um direito público subjetivo à legislação para que seja viável exigir providências legislativas e permitir o exercício de direitos e liberdades. Tal correlação pode ser observada da literalidade da Constituição Federal que prevê comando constitucional dirigido ao legislador.

O Constituinte dispôs que a lei punirá condutas discriminatórias e que a prática do racismo constitui crime. Além disso, o direito subjetivo à legislação também é literal e consiste no poder de exigir do legislador uma providência diante de uma determinação favorável, qual seja, a tutela contra as práticas discriminatórias e racistas.

Na dicção do inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal<sup>54</sup> o cabimento do mandado de injunção também está atrelado à identificação de direito ou liberdade constitucional cujo exercício esteja prejudicado em razão da ausência de norma. No caso do MI nº 4733, dados estatísticos que refletem o aumento dos crimes contra pessoas LGBT apenas reforçam que a liberdade existencial e o direito à igual dignidade não estão sendo exercidos de forma plena, contrariando o princípio da vedação da proteção insuficiente que impõe ao Estado o dever de auxiliar os indivíduos no exercício integral de direitos e liberdades.

No âmbito de proteção internacional, os princípios de Yogyakarta dispõem sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. O segundo princípio de Yogyakarta<sup>55</sup> prevê o direito à igualdade e a

---

<sup>52</sup> BRASIL, op. cit., nota 48.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 642*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5982339>. Acesso em: 16 abr. 2020.

<sup>54</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>55</sup> CLAM. *Princípios de Yogyakarta*. p. 12. Disponível em: <www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\_de\_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.



não-discriminação, definindo que a discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero também pode ser identificada pela ausência de igual proteção perante a lei.

O voto proferido pelo Ministro Edson Fachin<sup>56</sup> descreve com precisão a problemática envolvida ao apontar que “a lacuna não decorre exclusivamente da falta de norma que tipifique o ato atentatório, mas também da própria ofensa à igualdade, uma vez que condutas igualmente reprováveis recebem tratamento jurídico distinto”. Portanto, a lei se mostra incoerente ao selecionar apenas algumas condutas racistas e discriminatórias para serem punidas com maior rigor.

Para identificar o nexo entre a omissão legislativa e o exercício pleno do direito ou liberdade faz-se necessária uma análise mais detalhada, pois o caso em questão se difere dos tradicionais *leading cases* acerca do mandado de injunção. Ao observar que o Estado-legislador adota uma punição penal mais severa para determinados casos de racismo é possível identificar proteção deficitária capaz de desprestigiar o direito à igualdade. A questão que se busca responder é se de fato à ausência de norma incriminadora impossibilita o exercício pleno da igualdade, liberdade e dignidade; ou se a criminalização de uma conduta seria o meio adequado para garantir o pleno exercício desses direitos.

Não existem respostas exatas para tais questionamentos. Apesar disso, o Direito Penal e a pena podem ser caracterizados pelas suas funções preventiva e repressiva. Quando o Estado criminaliza uma conduta e atribui uma pena ele está tutelando bens jurídicos penalmente relevantes de forma a evitar que estes sofram lesão ou impedir que nova lesão ocorra. Ademais, o Direito Penal deve ser utilizado como último recurso, quando outras áreas do direito forem incapazes de garantir a preservação de direitos e interesses.

No cenário atual, diante dos crimes e da discriminação direcionada em função da identidade de gênero e da orientação sexual, a atuação do STF se mostra adequada para minimizar a desigualdade legal e tentar reduzir o grau de violência. Diante da inexistência de um instrumento perfeito o mandado de injunção foi utilizado corretamente para o fim ao qual foi criado pelo Constituinte, qual seja, garantir a efetividade e permitir o pleno exercício de direitos e liberdades. A resposta não poderia ser diferente, pois na medida em que um grupo se mostra mais desprotegido cabe ao Estado utilizar os meios disponíveis para que se alcance a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

---

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4733*. Voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2020.

## CONCLUSÃO

O julgamento do ADO n° 26 e do MI n° 4733 veio acompanhado de críticas acerca da alegada violação à legalidade e taxatividade penal ou até mesmo da inviabilidade do mandado de injunção como meio para a criminalização de uma conduta. É inegável a relevância de toda a discussão que envolveu o tema analisado neste artigo, posto que num país com um histórico de abuso de poder qualquer manifestação de poder que se afaste do núcleo de suas funções típicas gera temor aos cidadãos.

Em que pese tenham sido evocadas possíveis violações ao princípio da separação de poderes e à própria segurança jurídica, faz-se necessário retomar os ideais do constitucionalismo moderno. A constituição, como lei fundamental, deve nortear todo o ordenamento jurídico, que é formado por regras e princípios que podem ser associados à moral. Nessa medida, verifica-se que os Poderes de Estado não existem como um fim em si mesmo, mas como ferramentas para viabilizar direitos fundamentais.

Portanto, embora relevantes as manifestações contrárias ao entendimento firmado pela Suprema Corte, é inegável que a atuação do STF representou um avanço social. O julgamento veio para demonstrar uma verdadeira tendência à proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade acentuada. Com relação aos aspectos formais, o Supremo Tribunal Federal agiu com respaldo constitucional, promovendo o julgamento do ADO n° 26 e do MI n° 4733 dentro dos próprios limites constitucionais.

Assim, não se pode falar em violação ao princípio da separação dos poderes quando a intervenção do Judiciário ocorre dentro de sua competência e no exercício regular de um mandamento constitucional. As garantias instituídas em um Estado Democrático de Direito, como o caso dos princípios da legalidade e da taxatividade em âmbito penal, representam uma limitação ao Estado, se irradiando na esfera das três funções. Os princípios e direitos fundamentais podem impor comandos positivos ou negativos a fim de orientar a intervenção estatal, mas sempre com o mesmo intuito geral, o de preservar direitos fundamentais.

No caso do MI n° 4733, ao exercer sua competência constitucional, o STF promoveu o julgamento observando todos os requisitos materiais e processuais previstos na Constituição Federal, revestindo sua atuação de credibilidade. De igual modo a Suprema Corte atuou na concretização da liberdade sexual, da liberdade existencial, da dignidade plena e da isonomia. Por tais razões, não se pode desvirtuar garantias constitucionais como a legalidade e taxatividade penal com o objetivo de inviabilizar a realização da máxima efetividade de outros direitos fundamentais.



ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini. Direito Subjetivo I: conceito, teoria geral e aspectos constitucionais. *Revista de Direito Privado*. V. 52, 2012.

AMARAL, Rubso Santos. *A omissão legislativa e o Mandado de Injunção*. 2005. 19 f. TCC (Curso de Especialização em Direito Legislativo). UNILEGIS e UFMS. Mato Grosso do Sul, 2005. Disponível em: <[www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141087/RUBSON%20SANTOS%20AMARAL.pdf?sequence=4&isAllowed=y](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141087/RUBSON%20SANTOS%20AMARAL.pdf?sequence=4&isAllowed=y)>. Acesso em: 19 out. 2019.

BALZER, Carsten; LAGATA, Carla; BERREDO, Lucas. *TMM annual report 2016*. TvT Publication Series Vol. 14, October 2016. Disponível em: <[transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf](http://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. O princípio da unidade da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 37 n. 145 jan./mar. 2000, p. 95/99. Disponível em: <[www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/559/r145-11.pdf?sequence=4&isAllowed=y](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/559/r145-11.pdf?sequence=4&isAllowed=y)>. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.716*, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei da Câmara nº 18, de 2015*. Disponível em: <[www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120401](http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120401)>. Acesso em: 13 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Parecer/2015*. Relator: Senador Eunício Oliveira. Disponível em: <[legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4518092&ts=1567518564742&disposition=inline](http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4518092&ts=1567518564742&disposition=inline)>. Acesso em: 19 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82.424/2004*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <[www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia\\_pt\\_br&idConteudo=185077&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms)>. Acesso em: 16 abr. 2020.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 642*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5982339](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5982339)>. Acesso em: 16 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 712*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <[redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553)>. Acesso em: 20 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4733*. Voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4733*. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. p. 19. Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa*. Notícias STF. 2019. Disponível em: Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010)>. Acesso em: 14 abr. 2020.

CLAM. *Princípios de Yogyakarta*. p. 12. Disponível em: <[www.clam.org.br/uploads/contendo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/contendo/principios_de_yogyakarta.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2020.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Mandado de Injunção. *Revista dos Tribunais*, v. 788, p.727, jun. 2001.

DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT. *LGBT nas Prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento*. Brasília: 2020. Disponível em: <[www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf](http://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

FERNANDES, Eduardo Faria. Princípio da Vedação à Proteção Deficiente. *Revista de Artigos Científicos dos Alunos da Emerj*. Rio de Janeiro, v.3, n.1, 2011.

GRUPO GAY DA BAHIA. *Relatórios anuais de morte de homossexuais*. Disponível em: <[grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-homossexuais/](http://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-homossexuais/)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. Constitucionalismo sob a Ditadura Militar de 64 a 85. *Revista de Informação Legislativa*. Número 197, p. 161-174. 2013. Disponível em: <[www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril\\_v50\\_n197\\_p161.pdf](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p161.pdf)>. Acesso em: 13/04/2020.

MANEIRO, Renata de Marins Jaber. *Mandado de Injunção, diálogos constitucionais e o papel do STF*. Curitiba: Juruá, 2016.

MATOS, Victor Chagas; LARA, Erick Baptista Amaral de. *Dossiê LGBT+ 2018*. Rio de Janeiro: RioSegurança, 2018. Disponível em: <[www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/8528204/4225954/DossieLGBT1.pdf](http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/8528204/4225954/DossieLGBT1.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2020.



MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OAS. *Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância*, de 05 de junho de 2013. p. 4. Disponível em: <[www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter\\_american\\_treaties\\_A-69\\_Convencao\\_Interamericana\\_discriminacao\\_intolerancia\\_POR.pdf](http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_discriminacao_intolerancia_POR.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

PATRIOTA, Antonio de Aguiar; BAIROS, Luiza; NUNES, Maria do Rosário. *OEA aprova a Convenção Interamericana contra o racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância e a Convenção Interamericana contra Toda a Forma de Discriminação e Intolerância*. Nota 197. Disponível em: <[www.itamaraty.gov.br/pt-BR/component/content/article?id=2361:oea-aprova-a-convencao-interamericana-contra-o-racismo-a-discriminacao-racial-e-formas-correlatas-de-intolerancia-e-a-convencao-interamericana-contra-toda-forma-de-discriminacao-e-intolerancia](http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/component/content/article?id=2361:oea-aprova-a-convencao-interamericana-contra-o-racismo-a-discriminacao-racial-e-formas-correlatas-de-intolerancia-e-a-convencao-interamericana-contra-toda-forma-de-discriminacao-e-intolerancia)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

SEHN, Sólon. O Mandado de Injunção e Controle das Omissões Legislativas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 36/2001. 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?*. 2008, p. 1. Disponível em: <[jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht](http://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht)> . Acesso em: 13/04/2020.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; VIANA, Thiago Gomes. *LGBTI e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a construção da cidadania internacional arco-íris*. Publica direito. Disponível em: <[www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3f66d3a6aab9fa2](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3f66d3a6aab9fa2)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

## DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES DE DIFAMAÇÃO E INJÚRIA

Matheus Barbosa Rotondaro

Graduado em Direito pela Unilasalle-RJ. Advogado.

**Resumo** – o Direito Penal tem como objetivo básico tipificar aquelas condutas que são gravemente lesivas e atentatórias à paz social. Contudo, com o passar do tempo, as leis penais acabaram por banalizar o direito penal, tipificando como crimes as mais diversas ações. A essência do trabalho é verificar se os crimes de difamação e injúria devem realmente ser abarcados como condutas merecedoras da tutela criminal ou se, pelo princípio da mínima ofensividade, deveria o legislador optar pela sua *abolitio criminis*.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Crimes contra a honra. Crimes de difamação e injúria. Princípio da mínima ofensividade. Princípio da insignificância. Crime de calúnia.

**Sumário** – Introdução. 1. A violação ao princípio da mínima ofensividade. 2. O enquadramento dos crimes contra a honra no princípio da insignificância. 3. Crime de calúnia e a sua diferenciação para os demais crimes contra a honra. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda uma histórica discussão acerca da descriminalização dos crimes contra a honra, mais precisamente, os crimes de injúria e difamação, objetivando identificar o amparo normativo e principiológico que tentam sustentar essa possibilidade.

O Código Penal prevê três crimes contra a honra: calúnia (imputar falsamente fato definido como crime), injúria (ofender a dignidade ou o decoro) e difamação (imputar fato ofensivo a reputação). No presente trabalho, o debate gira em torno apenas sobre a descriminalização dos últimos dois, de forma que sejam puníveis apenas pela esfera cível, que prevê reparação por meio de indenização, mas não com pena de prisão.

A honra sempre foi objeto de proteção por parte do direito, sendo reconhecida como um direito da personalidade, considerado constitucionalmente inviolável (art. 5º, X, CRFB/88). Embora a menção constitucional diga respeito tão somente à necessidade de reparação dos danos de natureza civil, o Código Penal tem entendido que esse bem merece proteção também no âmbito criminal.

É certo que a pena privativa de liberdade não deve ser regra e sim exceção, e só deveria ser imposta àqueles que cometessem crimes graves, baseado no perigo que eles oferecem à sociedade e no seu maior grau de reprovabilidade social.

Nesse sentido, inicia-se o primeiro capítulo desta pesquisa com o estudo aprofundado acerca do princípio da mínima ofensividade, o qual impede a criminalização de liberdades constitucionais, bem como exige que haja efetiva danosidade social da conduta praticada, à luz também dos princípios da lesividade e do caráter subsidiário do Direito Penal.





Em seguida, no segundo capítulo, analisa-se a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a honra, baseado nos vetores de aplicação já pacificados pelo Supremo Tribunal Federal: mínima ofensividade da conduta; nenhuma periculosidade social da ação; reduzidíssimo grau de reprovabilidade; inexpressividade da lesão jurídica.

Já no terceiro capítulo, discute-se a possibilidade de também descriminalizar o crime de calúnia, devido a sua maior reprovabilidade social e consequências danosas ao ofendido.

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

## 1. A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MÍNIMA OFENSIVIDADE

A escolha do legislador em tipificar penalmente alguma conduta, pelo menos sob o ponto de vista jurídico, é estritamente política, tendo apenas como limitador a Constituição da República.

Desse modo, como os membros do Poder Legislativo pátrio, em geral, não têm conhecimento jurídico suficiente à elaboração de leis, estando por vezes mais preocupados em questões de natureza religiosa e ideológica do que pelos anseios e necessidades atuais da sociedade, é possível encontrar em nosso ordenamento jurídico leis que visam proteger bens jurídicos não merecedores de proteção do Direito Penal, como é caso da criminalização das condutas estudadas no presente trabalho, quais sejam “difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”<sup>1</sup> e “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”<sup>2</sup>.

Tendo em vista essa insuficiência histórica do Legislativo, a doutrina<sup>3</sup> se viu na necessidade de construir alguns princípios que devem nortear o legislador no momento da elaboração da lei, sendo o princípio da intervenção mínima um dos mais importantes.

Com base nessa ideia, pioneiramente, estatuiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no seu art. 8<sup>o</sup>, que a lei somente deveria prever as penas estritamente necessárias.

<sup>1</sup> BRASIL. *Código Penal*. Art. 139. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2020.

<sup>2</sup> *Ibidem*, art. 140.

<sup>3</sup> MONTESQUIEU apud ROBERTI, Maura. *Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 66.

Positivou-se, então, o princípio da intervenção mínima ou da necessidade, afirmando dever o direito penal se preocupar com a proteção apenas dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade. Haverá intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico. E, nesse contexto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça<sup>5</sup>:

A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade.

O legislador, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona e escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do direito penal. Percebe-se, assim, um princípio limitador do poder punitivo do Estado, conforme preleciona Muñoz Conde<sup>6</sup>:

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito.

Nesse sentido, o direito penal deve ser tido como subsidiário, ou seja, não deve ser exaustivo, não deve se responsabilizar por todos os atos ilícitos cometidos. Havendo um outro ramo do direito que assegure o controle da ordem pública, o direito penal deve ser evitado.

Note-se a explicação do Guilherme Nucci<sup>7</sup> e sua lúcida exemplificação:

Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Pode-se anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito. Atualmente, somente para exemplificar, determinadas infrações de trânsito possuem punições mais temidas pelos motoristas, diante das elevadas multas e do ganho de pontos no prontuário, que podem levar à perda da

---

<sup>4</sup>FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitoshumanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitoshumanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 30 jan. 2020.

<sup>5</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 50.863/PE*. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. 6.<sup>a</sup> Turma. J. 04.04.2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/41838/habeas-corpus-hc-50863-pe-2005-0203455-0>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

<sup>6</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 59-60.

<sup>7</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 176-177.



carteira de habilitação – tudo isso, sem o devido processo legal –, do que a aplicação de uma multa penal, sensivelmente menor.

Ressaltando o caráter subsidiário do direito penal, Roxin<sup>8</sup> assevera:

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais etc. Por isso se denomina a pena como a ‘ultima ratio da política social’ e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.

Deste modo, sendo suficiente à ordem pública a resolução das condutas de injúria e difamação por outra via que não a penal, deve sempre o legislador optar por ela.

Neste sentido, é necessário trazer à baila a proteção que a Constituição da República concede à honra, prevendo em seu artigo 5º, inciso V, “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”<sup>9</sup>.

Percebe-se, portanto, que o maior amparo do ordenamento jurídico prevê tão somente a defesa da honra pela esfera cível. Em nenhum momento considerou que a ofensa à honra poderia ser sancionada penalmente. A proteção penal está no Código Penal e em legislações especiais.

Atentando para a falta de necessidade de tipificar tais condutas e tentando retirar das suas hipóteses de incidência aquelas situações em que uma punição penal seria de extremo exagero, o próprio legislador criminal previu que o julgador poderá deixar de aplicar a pena quando o ofendido, de forma reprovável, provocar diretamente a injúria; ou no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria<sup>10</sup>.

Muito embora tal previsão seja louvável, pois de fato já retira grande parte das hipóteses de incidência, ela não é capaz de excluir todos casos onde a criminalização da conduta seria um exagero. Veja-se, por exemplo, o caso de uma briga no trânsito, no qual um motorista xinga e difama o outro por entre as janelas do carro. Uma reprimenda penal a este sujeito seria completamente desproporcional. Uma alta indenização por danos morais e uma retração seria muito mais condizente.

<sup>8</sup> ROXIN apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Impetus: Rio de Janeiro, 2011, p. 48.

<sup>9</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 5º, inc. V. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 26 jan. 2020.

<sup>10</sup> BRASIL, op. cit., nota 1, § 1º, inc. I e II do art. 140.



Inclusive, o dano moral se mostra um excelente meio de desestimular e prevenir a prática de novos ilícitos, em verdadeira semelhança à sanção penal. Destaca-se a explicação de Fernando Noronha<sup>11</sup>:

Esta função da responsabilidade civil é paralela à função sancionatória e, como esta, tem finalidades similares às que encontramos na responsabilidade penal, desempenhando, como esta, funções de prevenção geral e especial: obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outras.

No entendimento de Antônio Jeová Santos<sup>12</sup>, a função dissuasora é consequência da punitiva:

Quem foi condenado a desembolsar certa quantia em dinheiro pela prática de um ato que abalou o bem-estar psicofísico de alguém, por certo não será recalcitrante na mesma prática, com receio de que sofra no bolso a consequência do ato que atingiu um semelhante. Sim, porque a indenização além daquele caráter compensatório deve ter algo de punitivo, enquanto sirva para dissuadir a todos de prosseguir na faina de cometimento de infrações que atinjam em cheio, e em bloco, os direitos personalíssimos.

Outrossim, a não observância ao princípio em análise acaba prejudicando consideravelmente a credibilidade da sanção penal e a capacidade de o Estado fazer valer o disposto na lei. Isto porque, conscientemente, ou até mesmo inconscientemente, a sociedade e os agente públicos acabam por não denunciar, processar e julgar casos como o exemplo acima dado. A própria sociedade tem ciência de que uma condenação criminal para tais casos seria de um exagero extremo.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt<sup>13</sup>:

Os legisladores contemporâneos têm abusado da criminalização e da penalização, em verdadeira contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da 'inflação legislativa' reinante nos ordenamentos positivos.

Dessa forma, o legislador, se não pelo caráter moral em descriminalizar condutas que não merecem a pena de restrição de liberdade, deve, para a manutenção do respeito e credibilidade do poder punitivo estatal, expurgar do ordenamento jurídico os crimes de injúria e difamação.

<sup>11</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 441.

<sup>12</sup> SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

<sup>13</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 74-75.



## 2. O ENQUADRAMENTO DOS CRIMES CONTRA A HONRA NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

No capítulo anterior, foi esposado como o princípio da intervenção mínima é um limitador para a atuação do Poder Legislativo na criação de tipos penais. Neste capítulo, a limitação continua sendo sobre o poder punitivo do Estado, porém agora em face do Poder Judiciário, no momento do enquadramento da conduta praticada pelo agente ao tipo penal elaborado pelo Congresso Nacional.

Pelo princípio da insignificância, surgido no Direito Romano e somente incorporado ao Direito Penal na década de 1970 pelos estudos de Claus Roxin<sup>14</sup> (sob o nome de criminalidade da bagatela), a atuação penal do Estado deverá ser vedada quando a conduta do agente não for capaz de lesar ou colocar em perigo o bem jurídico tutelado pela norma penal. Quando for este o caso, a conduta sequer será considerada típica.

Explicando melhor, o crime é composto pelo fato típico, pela ilicitude e pela culpabilidade. Para que se possa falar em fato típico é preciso a presença dos seguintes elementos: conduta; resultado; nexos de causalidade; tipicidade (formal e conglobante<sup>15</sup>).

A tipicidade formal é a adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato (tipo) previsto na lei penal. Já pela tipicidade conglobante, é preciso verificar se a conduta do agente é antinormativa e se o fato é materialmente típico. O estudo do princípio da insignificância reside nesta segunda vertente da tipicidade conglobante, ou seja, na chamada tipicidade material.

Além da adequação da conduta à forma abstrata do tipo, a tipicidade penal exige que a conduta do agente se amolde com perfeição ao tipo penal, devendo ser levada em consideração a relevância do bem que está sendo objeto de proteção (tipicidade material). Assim, nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. É imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal.

Nesse sentido, entendendo o julgador que a conduta não possui a gravidade necessária para a intervenção estatal, deverá ser afastada a sua tipicidade material, excluindo-

---

<sup>14</sup> ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico penal. Tradução Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n.55, julho-setembro de 2001.

<sup>15</sup> A teoria da tipicidade conglobante foi criada e defendida pelo doutrinador e ministro da Suprema Corte Argentina, Eugênio Raúl Zaffaroni.

se, dessa forma, a tipicidade conglobante e, por conseguinte, a tipicidade penal. Essa é a aplicação do princípio da insignificância.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal<sup>16</sup>:

O princípio da insignificância que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material.

É certo que há uma grande subjetividade para auferir se a conduta é grave o bastante para enquadrá-la ou não no tipo penal. Tentando restringir uma pouco tal subjetividade, o STF<sup>17</sup> estabeleceu alguns critérios objetivos para a sua aplicação:

Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Trazendo sua incidência para os delitos de injúria e difamação, temos que na grande maioria de seus casos estaríamos diante da aplicação do princípio da insignificância.

Imagine os inúmeros crimes que ocorreriam em jogos de futebol. Suponhamos que nas arquibancadas do Estádio do Maracanã, após sair um gol do Flamengo, o torcedor do Vasco começa a proferir xingamentos ao arbitro, à mãe do arbitro, aos demais torcedores do Flamengo e até a alguns torcedores do próprio Vasco. Tais situações ocorrem corriqueiramente também em bares movimentados, ou mesmo nas casas dos próprios torcedores. Nesses exemplos, o sujeito teria cometido 4 (quatro) ou mais crimes de injúria e/ou difamação. Tal cominação parece justa, razoável?

É claro que tais condutas estão longe de serem corretas, contudo, também estão bem distantes da necessidade de uma reprimenda penal.

Analisando sob o prisma dos critérios estipulados pelo Supremo Tribunal Federal, os crimes de injúria e difamação, de forma genérica, apresentam mínima ofensividade, ausência de periculosidade, reduzido grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica causada.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 122464 BA*. Rel. Celso de Mello. Data de Julgamento: 10/06/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: 12-08-2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342359/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-122464-ba-stf/inteiro-teor-159437804?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 118972 MG*. Relator: Min. GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 03/06/2014. Segunda Turma. Data de Publicação: 05/09.2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342359/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-122464-ba-stf/inteiro-teor-159437804?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 fev. 2020.



Não se quer aqui defender atitudes autoritárias do Poder Judiciário que possam violar os princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes. Deve o aplicador do direito atentar que é função do Poder Legislativo selecionar quais bem jurídicos merecem a tutela do Direito Penal. Entretanto, é impossível que o legislador preveja todos as hipóteses de incidência e casos concretos específicos que poderiam acontecer em torno de uma determinada conduta tipificada. Tal função cabe ao Judiciário, que em cada caso concreto, deve analisar se a norma se amolda ou não ao fato ocorrido.

Assim, o que se expõe nesse capítulo é que na grande maioria dos casos onde poderia se enxergar uma conduta tipicamente formal injuriosa ou difamatória (como nos exemplos acima apresentados), o julgador, atentando para o seu pequeno grau de gravidade, deve entender como fato atípico.<sup>18</sup>

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal<sup>19</sup>, destacando a finalidade da aplicação do princípio da insignificância, já se manifestou acerca da necessidade de a Justiça Penal ocupar-se apenas das infrações tidas por socialmente mais graves:

O princípio da insignificância é vetor interpretativo do tipo penal, tendo por escopo restringir a qualificação de condutas que se traduzam em ínfima lesão ao bem jurídico nele (tipo penal) albergado. Tal forma de interpretação insere-se num quadro de válida medida de política criminal, visando, para além da descarcerização, ao descongestionamento da Justiça Penal, que deve ocupar-se apenas das infrações tidas por socialmente mais graves. Numa visão humanitária do Direito Penal, então, é de se prestigiar esse princípio da tolerância, que, se bem aplicado, não chega a estimular a idéia de impunidade. Ao tempo que se verificam patentes a necessidade e a utilidade do princípio da insignificância, é imprescindível que aplicação se dê de maneira criteriosa, contribuindo sempre tendo em conta a realidade brasileira, para evitar que a atuação estatal vá além dos limites do razoável na proteção do interesse público.

Dessa forma, se não for do Poder Legislativo o impulso de expurgar da legislação penal as condutas de injuriar e difamar, deve o Poder Judiciário, aplicando o princípio da insignificância e os requisitos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, entender como atípicas tais condutas e afastá-las da esfera criminal.

---

<sup>18</sup> Frisa-se que o autor do presente trabalho defende a total descriminalização dos crimes de injúria e difamação, pelo princípio da mínima ofensividade. Contudo, já que o Poder Legislativo não assim o faz, deve o Poder Judiciário, pautado no princípio da insignificância, afastar a tipicidade daquelas condutas que se enquadram nos critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, que constituem a grande maioria das ações tipicamente formais injuriantes e difamatórias.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104787 RJ*. Relator: Min. AYRES BRITTO. Data de Julgamento: 26/10/2010. Segunda Turma. Data de Publicação 18-02-2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19736631/habeas-corpus-hc-104787-rj>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

### 3. CRIME DE CALÚNIA E A SUA DIFERENCIAÇÃO PARA OS DEMAIS CRIMES CONTRA A HONRA

Conforme dispõe o art. 138 do Código Penal<sup>20</sup>, caluniar é imputar a alguém, um fato concreto, definido como crime, onde o agente tem a consciência da falsidade desta imputação.

Segundo esta definição, o crime de calúnia exige três condições: (i) a imputação de fato determinado, (ii) a falsidade da imputação, (iii) fato qualificado como crime.

Pela primeira condição, qualquer imputação de atributos pejorativos à pessoa da vítima que não se consubstancie em fatos poderá configurar o delito de injúria, mas não o de calúnia.

Pela segunda condição, o crime pode até ter ocorrido, mas o agente deve ter o dolo de imputar falsamente um fato ao sujeito passivo. Assim, independente se o crime ocorreu ou não, o que importa é que o sujeito queira imputar ao outro a titularidade de um crime que sabe (ou acha que sabe) que ele não praticou.

Pela terceira condição, é necessário que o fato imputado seja considerado crime. Assim, toda vez que o fato imputado falsamente à vítima for classificado como contravenção penal, em respeito ao princípio da legalidade, não pode-se subsumi-lo ao crime de calúnia, devendo ser entendido como delito de difamação.

É por essa terceira condição que defende-se a manutenção da conduta caluniosa como crime. Diferentemente dos dois outros crimes contra a honra, na calúnia o agente não apenas ofende a honra (objetiva ou subjetiva) da vítima, mas lhe imputa como autor de um fato criminoso.

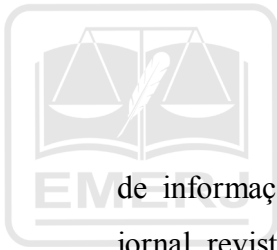
Como é natural em qualquer sociedade, o criminoso é visto com extrema repulsa e aversão. Na sociedade brasileira principalmente, onde o crime vem tomando cada vez mais espaço, essa abominação só aumenta. Todos já escutaram em algum lugar a afirmação de que “bandido bom é bandido morto”. Inclusive o Presidente da República foi eleito sob promessas análogas a tal expressão. E é exatamente por isso que uma imputação falsa de crime deve ser penalmente sancionada.

Depois de praticada a conduta caluniosa (que lembre-se: atinge a honra objetiva do agente, ou seja, é necessário que um terceiro tenha ciência da imputação), dificilmente a vítima terá o seu *status* de “inocente” novamente, ainda mais se pensarmos no atual contexto da sociedade, globalizada e informatizada, com facilidade e rapidez no acesso a qualquer tipo

---

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.





de informação, com rápida propagação através dos meios comunicativos, como televisão, jornal, revista, internet, blogs etc.

O legislador também pensou desta forma quando estabeleceu as penas dos crimes contra a honra. Pela sua simples visualização, vemos que o delito de calúnia é o flagrantemente mais grave. Este possui como pena detenção de seis meses a dois, enquanto o crime de difamação apresenta metade da punição e o da injúria apenas um quarto da reprimenda.

Nesse sentido, também pode-se destacar a imunidade em favor do advogado, no exercício da sua atividade profissional, insculpida no art. 7º, § 2º, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/1994)<sup>21</sup>, que restringe-se aos delitos de injúria e difamação, não abrangendo o crime de calúnia. Veja a decisão do Superior Tribunal de Justiça<sup>22</sup>:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CALÚNIA. DIFAMAÇÃO. IMUNIDADE DO ADVOGADO. CLÁUSULA SUBMETIDA AOS LIMITES LEGAIS. IMUNIDADE NÃO APLICADA AO DELITO DE CALÚNIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DOLO ESPECÍFICO. ANIMUS CALUNIANDI. REEXAME DE PROVAS. RECURSO IMPROVIDO. 1. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, a imunidade prevista no § 2º art. 7º do Estatuto da OAB se aplica apenas aos delitos de difamação e injúria, não havendo falar em trancamento da ação penal com relação ao crime de calúnia. 2. A imunidade profissional ao advogado, preceito constitucional necessário à atuação eficiente e corajosa em defesa de outrem, pode conter limitações casuísticas, especialmente quando imputa crimes a terceiros. 3. O acolhimento das alegações no sentido de que não teria efetivamente havido ânimo difamatório, tampouco de calúnia, demandaria necessário revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, o que não se admite na via do habeas corpus. 4. Recurso improvido.

Ademais, há de se notar que o Código ainda prevê o crime de denunciação caluniosa<sup>23</sup>, que embora proteja um bem jurídico diverso, qual seja a administração pública, mostra que a conduta de imputar um fato falso criminoso a alguém é extremamente grave.

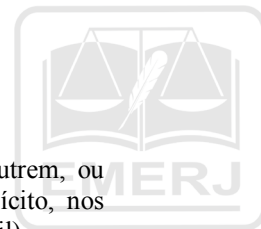
Deste modo, fica evidente a intenção do legislador em tratar o crime de calúnia de forma mais gravosa, devendo este ser mantido no Código Penal, e os demais crimes contra a honra serem retirados do ordenamento jurídico.

Corroborando esse pensamento, foi apresentado o Projeto de Lei nº 2.287/19 pelo Deputado Federal Vinicius Poit<sup>24</sup>, revogando os crimes de injúria e difamação, nos seguintes termos:

<sup>21</sup> BRASIL. *Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2020.

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 100494 PE 2018/0171836-0*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de Publicação: DJ 12/02/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/607980430/recurso-em-habeas-corporis-rhc-100494-pe-2018-0171836-0>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 1, art. 339.



Art. 1º Aquele que difamar, imputando fato ofensivo a reputação de outrem, ou injuriar, ofendendo a dignidade ou o decoro de outrem, comete ato ilícito, nos termos do art. 186, do Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Parágrafo único. As condutas descritas acima são passíveis de indenização, nos termos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Art. 2º Revoga-se os artigos 139, 140, 142, 143, 144 e 145 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Pelo que se nota do Projeto, ainda foi previsto de forma expressa que as atitudes difamatórias e injuriantes configurariam ato ilícito, sendo passível de indenização, nos termos do Código Civil.

## CONCLUSÃO

Como foi exposto no trabalho, o processo de tipificação de uma conduta como crime é muito delicado, devendo ser observado pelo legislador uma série de aspectos. Tais condutas devem violar normas constitucionais, valores éticos, morais e regras socialmente estabelecidas. Quando um determinado comportamento promove indignação moral e revolta coletiva tem-se uma reação social que influencia demasiadamente na criminalização de tal ato.

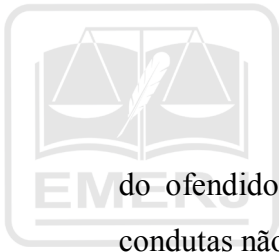
Nesse sentido, para determinar se uma conduta merece ser criminalizada (ou descriminalizada), é necessário se valer sempre de uma razoabilidade do legislador mixada com os aspectos e comportamentos acima referidos. Em casos onde a ação é flagrantemente contra os princípios de uma sociedade, como o homicídio, fica fácil a sua tipificação, mas em outros casos, como o dos crimes de usuário de drogas, rixa, desacato, crimes contra a honra, entre outros, a posição do legislador fica bem mais difícil.

Partindo dessa premissa, o presente trabalho analisou como o princípio da mínima ofensividade deve nortear o legislador no momento da criação de crimes. Segundo tal diretriz, há uma seletividade que norteia o ordenamento jurídico penal, de forma que o Estado deve intervir minimamente na vida privada, deixando a maioria dos conflitos existentes em outros ramos do direito. A norma penal deve ser a *ultima ratio*.

Foi nesse contexto que os crimes de calúnia e injúria foram enquadrados. Segundo o exposto no trabalho, tais crimes oferecem um grau de ofensividade insuficiente para a reprimenda penal. Isto porque existem no direito outras formas eficientes de tutelar o direito

---

<sup>24</sup> BRASIL. Câmara Dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2287/19*. Descriminaliza as condutas tipificadas como injúria e difamação. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=39C09A228D58E2CEA5C674CDCEF7BA81.proposicoesWebExterno2?codteor=1733151&filename=PL+2287/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=39C09A228D58E2CEA5C674CDCEF7BA81.proposicoesWebExterno2?codteor=1733151&filename=PL+2287/2019)>. Acesso em: 05 fev. 2020.



do ofendido. E sobre o aspecto punitivo, repressivo e educativo, a criminalização dessas condutas não parece razoável e proporcional.

Seguindo adiante, o segundo capítulo do pesquisa expôs como as mencionadas ações podem ter suas tipicidades afastadas pelo princípio da insignificância. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, presentes os requisitos da mínima ofensividade, ausência de periculosidade, reduzido grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica causada, aplicável será o princípio à conduta.

Partindo de tais premissas, as condutas de “difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação” e “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”, possivelmente estariam enquadráveis no princípio da insignificância.

Dessa forma, mesmo não tendo o Legislativo descriminalizado tais condutas até o presente momento, deve o Judiciário agir e afastar a tipicidade aplicando os requisitos estipulados pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, no terceiro capítulo, foi analisado que não são todos os crimes contra a honra que apresentam um grau de ofensividade mínimo. O crime de calúnia, consubstanciado na conduta de “caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”, causa uma ofensa grave ao bem jurídico tutelado, qual seja, a honra objetiva da vítima. Tal ato não imputa simplesmente um fato falso à alguma pessoa, mas sim um crime, o que, certamente, é algo de extrema reprovabilidade social e causa danos irreversíveis ao caluniado.

Portanto, este trabalho busca sustentar a ideia de que nem todas as atitudes que causam algum dano ao particular devem ser objeto de tutela pelo direito penal. Aquela conduta que não ensejar em grave violação à valores sociais estabelecidos, não deverá ser repreendida pela maior e mais prejudicial intervenção prevista no ordenamento jurídico. Deve o Legislativo atuar de forma eficiente a criminalizar as condutas que de fato são reprováveis, e descriminalizar aquelas que não mais se enquadram no nosso atual sistema penalizante.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo : Saraiva, 2012.

BRASIL. Câmara Dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2287/19*. Descriminaliza as condutas tipificadas como injúria e difamação. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=39C09A228D58E2CEA5C674CDCEF7BA81.proposicoesWebExterno2?codteor=1733151&filename=PL+2287/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=39C09A228D58E2CEA5C674CDCEF7BA81.proposicoesWebExterno2?codteor=1733151&filename=PL+2287/2019)>. Acesso em: 05 fev. 2020.



\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 26 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 100494 PE 2018/0171836-0*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de Publicação: DJ 12/02/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/607980430/recurso-em-habeas-corporum-rhc-100494-pe-2018-0171836-0>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 50.863/PE*. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. 6.<sup>a</sup> Turma. J. 04.04.2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/41838/habeas-corporum-hc-50863-pe-2005-0203455-0>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 122464 BA*. Rel. Celso de Mello. Data de Julgamento: 10/06/2014. Segunda Turma. Data de Publicação: 12-08-2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342359/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corporum-rhc-122464-ba-stf/inteiro-teor-159437804?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 118972 MG*. Relator: Min. GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 03/06/2014. Segunda Turma. Data de Publicação: 05/09.2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342359/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corporum-rhc-122464-ba-stf/inteiro-teor-159437804?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104787 RJ*. Relator: Min. AYRES BRITTO. Data de Julgamento: 26/10/2010. Segunda Turma. Data de Publicação 18-02-2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19736631/habeas-corporum-hc-104787-rj>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Impetus: Rio de Janeiro, 2011.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 30 jan. 2020.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.



\_\_\_\_\_. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico penal. Tradução Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n.55, julho-setembro 2001.

ROBERTI, Maura. *Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

## A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Mayara Ketley de Jesus Souza

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

**Resumo** – o presente trabalho pretende demonstrar que os direitos sociais possuem um núcleo essencial, por vezes com demasiada carga valorativa, que vinculam a Administração Pública, uma vez que garantem uma existência mínima e digna dos indivíduos. Por meio de fundamentação legal e doutrinária mostrar-se-á que os atos administrativos se submetem a juridicidade constitucional, o que reduz o âmbito da discricionariedade do administrador, bem como legítima atuação do Poder Judiciário na tutela dos direitos. Desta forma, o escopo desse estudo é demonstrar que o Estado Democrático de Direito permite um controle judicial dos atos que não priorizam a efetivação dos direitos sociais fundamentais e se distanciam de valores e princípios éticos e morais.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito e Política. Direitos Sociais. Discricionariedade. Controle de Juridicidade.

**Sumário** – Introdução. 1. Os direitos sociais como fundamentais para garantia de um mínimo existencial e digno. 2. A juridicidade como limite à discricionariedade administrativa. 3. A legitimidade da interferência do Judiciário no controle da juridicidade em prol dos direitos sociais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a legitimidade do controle realizado pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo no que tange a implementação de políticas públicas sociais, usando como parâmetro a juridicidade, em razão da vinculação da Administração Pública aos ditames constitucionais, o que limita o seu campo de atuação discricional.

Nesse contexto, indaga-se é possível entender que os direitos sociais são direitos fundamentais, na medida que garantem a própria existência humana e, portanto, vinculam as escolhas do administrador público? Até que medida este pode fazer jus à autonomia pública, sob o fundamento da reserva do possível e do mérito administrativo, para negar políticas públicas que efetivam os direitos sociais? Pode-se defender uma atuação ativista do Judiciário ao interferir no âmbito decisório do Poder Executivo na tutela dos direitos sociais por meio de um controle de juridicidade?

O tema tem muita importância dentro do Direito Constitucional, Direito Administrativo e Teoria do Direito e Política, uma vez que debate acerca da interferência entre os Poderes do Estado e sobre a vinculação dos princípios, bem como tem relevância social, já



que reflete em inúmeras demandas postas à julgamento no Judiciário, em que os demandantes pretendem a efetividade dos direitos sociais por meio da condenação do Executivo à implementar determinada política pública.

Para abordar o tema, vão ser analisadas as posições doutrinárias acerca do assunto, de forma a desenvolver teses e conclusões próprias sobre a temática.

Inicia-se o primeiro capítulo buscando analisar que os direitos de segunda geração além de serem autoaplicáveis, concretizam um mínimo necessário para a existência humana, ou seja, a sua efetivação garante a própria dignidade humana.

O segundo capítulo destina-se a abordar que a vinculação da Administração Pública à juridicidade limita a campo de atuação discricional do administrador, já que impõe para além da lei em sentido estrito, o dever de cumprir valores constitucionais que consolidam a proteção da pessoa humana.

Por fim, no terceiro capítulo busca-se demonstrar que a legitimação do Poder Judiciário se origina do núcleo duro da CRFB/88 e de uma dimensão ética que deve nortear a sociedade, bem como que se trata de uma atuação fundamental na busca da superação das desigualdades sociais e regionais, já que tem como fim a concretização dos direitos fundamentais sociais. De modo que é possível haver controle judicial sem que isso configure uma interferência indevida entre os Poderes da República, na medida em que o âmbito de subjetividade administrativa é vinculado à juridicidade, ou seja, se submete à dignidade humana, concretizada pelos direitos sociais.

Para tanto, a pesquisa jurídica será desenvolvida na forma qualitativa, quanto a abordagem do seu objeto de pesquisa, pois se pretende utilizar de conteúdos bibliográficos pertinente à temática, que serão analisados e fichados na fase exploratória da pesquisa, que também será explicativa, na medida em que produzirá ideias para compreender as causas e efeitos de determinado fenômeno.

## 1. OS DIREITOS SOCIAIS COMO FUNDAMENTAIS PARA GARANTIA DE UM MÍNIMO EXISTENCIAL E DIGNO

Com a influência das ideias iluministas no século XVIII e pelo movimento constitucionalista que entendia a Constituição como instrumento para a tutela de direitos individuais em contraposição ao arbítrio do rei, nasce o Estado Liberal do Direito, que tinha como escopo restringir o poder absoluto do soberano e exaltar o direito natural, inerente a natureza do homem, que resultava da vontade geral.



A defesa de um direito inerente ao homem é fruto de uma inversão na visão das relações políticas, oriunda do Estado Moderno, segundo o qual a sociedade deve ser vista de baixo para cima, ou seja, a análise dos direitos deve ser feita a partir dos indivíduos que compõem a sociedade e não mais uma concepção segundo a qual se prioriza primeiro a sociedade como um todo e depois o indivíduo<sup>1</sup>.

Em meados do século XIX, o Estado passa a se preocupar mais com campos sociais, econômicos, prestando serviços públicos e tentando alcançar o bem-estar social. Isto é, neste momento, o interesse público tem supremacia sobre os individuais.

Acrescenta-se aos preceitos disseminados pelo Estado Social, a ideia de se ter uma maior participação popular no processo político, no controle da Administração, nas decisões governamentais, surgindo um novo modelo de Estado, o Estado Democrático de Direito.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, além de prever como finalidade da República o supracitado modelo de Estado em seu art. 1º, parágrafo único, também estabeleceu do art. 5º ao 17 os direitos fundamentais, na qual o art. 6º prevê grande parte dos direitos sociais, tais como trabalho, saúde, educação, segurança, moradia, lazer<sup>2</sup>.

A Constituição reconheceu com demasiada amplitude os direitos sociais, verdadeiros direitos prestacionais, cuja efetividade depende de condições materiais e atitudes positivas do Estado, no que se diferencia dos direitos liberais clássicos, que, em regra, apenas exige uma abstenção dele; logo, não geram custos. Por isso, essa ambição constitucional, no que tange os direitos sociais recebe críticas, já que sua implementação demanda recursos públicos por vezes escassos.

Embora a Constituição tenha previsto os direitos sociais no rol dos direitos fundamentais, a discussão acerca desse enquadramento é importante, na medida em que isso influencia no que se refere a sua proteção e concretização, pois quando considerados como direitos fundamentais deixam de ser meras normas de condutas não exigíveis.

Isso decorre das características próprias dos direitos fundamentais, tais como a normatividade potencializada, cláusulas pétreas, aplicação direta e imediata, vinculação do Poder Público e exigibilidade subjetiva<sup>3</sup>.

Destaca-se que considerar os direitos sociais como cláusulas pétreas, assim como

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevir. 2014, p. 8.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 out. 2019.

<sup>3</sup> MACEDO, Aruza Albuquerque; SILVA, Cleyton Barreto. *A fundamentalidade dos direitos sociais*. Disponível em: <[https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v\\_encontro/afundamentalidadedossdireitossociais.pdf](https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/afundamentalidadedossdireitossociais.pdf)>. Acesso em: 02 out. 2019, p. 11.





prevê o art. 60, §4º da CRFB/88<sup>4</sup>, é imprescindível, pois possibilita o seu exercício de forma livre sem receio de futura restrição. Da mesma forma, necessária o entendimento pela sua aplicação imediata, conforme previsto no art. 5º, §1º da CRFB/88<sup>5</sup>, uma vez que autoriza o Judiciário concretizar tais dispositivos legais sem depender de uma regulamentação prévia.

No mesmo sentido, entender esses direitos como fundamentais é compreender que eles vão além de meras normas programáticas, são verdadeiras forças vinculantes que impõem limitações ao atuar do Poder Público. E aceitá-los em sua dimensão subjetiva, é proporcionar que eles sejam exigíveis judicialmente, conforme afirma Luiz Roberto Barroso<sup>6</sup> “um direito subjetivo constitucional confere a seu titular a faculdade de invocar a norma da Constituição para assegurar o desfrute da situação jurídica nela contida”.

Neste momento, importante delimitar que enquanto os direitos individuais são aqueles inerentes a pessoa considerada em si mesma, ou seja, há uma identificação imediata com a existência humana, os direitos sociais dependem da inclusão da pessoa humana na sociedade para que haja sua efetivação<sup>7</sup>.

A partir dessa diferenciação existem autores, como Ricardo Lobo Torres<sup>8</sup>, que não incluem os direitos sociais ao rol dos direitos fundamentais, estes seriam apenas aqueles de primeira geração ligados a vida e a liberdade. Isso porque, pelas características dos direitos sociais de não ter propriamente uma efetividade imediata, dependendo de uma ação do Estado, isso ocasionaria uma vulgarização no núcleo considerado fundamental.

Além disso, não seriam fundamentais, porque estes direitos seriam baseados em escolhas, que devem ser feitas por meio de participação popular e o reconhecimento deles como tal aniquilaria o exercício à cidadania, que passaria para as mãos dos juízes. E também em razão do argumento democrático-majoritário, no sentido de que dependendo da conjuntura econômica eles poderiam ser restringidos em prol de uma maioria de cidadãos.

Contudo, o próprio autor supracitado<sup>9</sup> afirma que “os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o *status* daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive”. Ou seja, em que pese ele defender que os direitos sociais não são originalmente fundamentais, entende que alguns

---

<sup>4</sup> BRASIL, op. cit. nota 2.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72.

<sup>7</sup> GARCIA, Emerson (Coord.) et al. *Discricioniedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 361.

<sup>8</sup> TORRES apud Ibidem, p. 362.

<sup>9</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271>>. Acesso em: 02 out. 2019, p. 33.



adquirem este patamar superior em razão de serem responsáveis por viabilizar um mínimo material necessário para a existência do homem.

Por essa linha argumentativa pode-se extrair uma visão positiva na defesa da fundamentalidade, qual seja, o fato dela reconhecer, ainda que minimamente, um núcleo de direito sociais essencial a vida humana e, portanto, fundamental. E uma visão negativa, que é, justamente, a restrição na sua interpretação e o enfraquecimento da sua normatividade, o que poderia esvaziar o conteúdo de tais ditames tão importantes.

Todavia, defende-se que os direitos sociais são fundamentais, porque além de vincularem a fruição dos próprios direitos individuais, por exemplo, para que se garanta o direito à vida é necessária, sobretudo, a prestação de um serviço de saúde de qualidade. Também, porque o mínimo existencial preexiste a configuração de Estado, o que diminui o âmbito de vontade das maiorias parlamentares<sup>10</sup>.

O que significa dizer que a exigência a prestação dos direitos fundamentais, incluindo os sociais, sujeita o princípio majoritário e por terem caráter principiológico é natural que sofram ponderação diante circunstâncias de cada caso concreto a ser analisado pelo Judiciário.

Entende-se que de nada adiante a liberdade jurídica para um indivíduo que vive abaixo do mínimo existencial e digno, se não há uma liberdade fática, que consiste num poder agir, de acordo com Alexy<sup>11</sup>. Segundo ele “os direitos fundamentais, se seu escopo for o livre desenvolvimento da personalidade humana, também estão orientados para a liberdade fática (...)”.

Importante salientar que não é suficiente entender os direitos sociais como fundamentais apenas quando garantem um mínimo vital. Visto que, na verdade esse entendimento minimiza o grau de fundamentalidade destes direitos e, conseqüentemente, sua rigidez normativa. Com isso, sua eficácia poderia ficar submetida a questões de orçamento, ideológicas e de previsão legislativa infraconstitucional, o que limitaria a atuação do Judiciário.

E os direitos sociais têm como escopo tutelar de forma especial as classes menos favorecidas, na medida em que tenta compensar as desigualdades criando meios de acessos aos bens da vida, que em razão do alto custo tais pessoas não podem usufruir.

Portanto, tais direitos estão num patamar axiológico superior, na medida em que garantem interesses ligados tanto a fruição concreta da liberdade, como a vida e a própria dignidade humana, interesses que consistiriam em uma existência não só mínima e essencial,

<sup>10</sup> GARCIA (Coord.), op. cit., p. 367.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Meireles, 2008, p. 506.



mas digna.

Neste viés, o constituinte originário estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República no art. 1º, III da CRFB/88<sup>12</sup>, o que demonstra o dever de compreender os direitos de segunda geração como fundamentais com máxima amplitude e efetividade, de forma a ser garantido para além do mínimo.

A verdade é que a qualificação de direitos como fundamentais não se limita a qualificação positiva, seja da Constituição Federal, seja das normas internacionais, isto é, não se trata de uma escolha legislativa, mas emana do próprio atributo jusfundamental que é a garantia da dignidade da pessoa, que por sua vez, erradia valores que norteiam a vida em sociedade e vinculam os cidadãos e os Poderes da República.

Assim, a efetividade dos direitos sociais, por meio de políticas públicas, viabiliza princípios jusfundamentais, na medida em que tutela a possibilidade de fruição de uma vida ou existência digna, além de assegurar autonomia psíquica para exercer as escolhas oriundas da cidadania.

Portanto, é por meio das políticas públicas sociais que se alcança os ditames constitucionais, sendo certo que estes mandamentos, sejam eles normas-regras, sejam normas-princípios, pois os direitos fundamentais expressam um sistema, sobretudo, de valores, fundamenta e serve como parâmetro para o controle praticado pelo Poder Judiciário. Bem como, reduz o campo da discricionariedade do administrador público, como será abordado no próximo capítulo.

## 2. A JURIDICIDADE COMO LIMITE À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O Estado Democrático de Direito impôs uma nova ordem ao Estado-administração em que se distancia da legalidade em sentido estrito como fonte direta de conduta e se aproxima do princípio da juridicidade. O Estado passa não só a ter que agir apenas de acordo com a previsão da lei, mas também deverá atuar da melhor forma, o que abrange padrões éticos e morais, para atingir os fins coletivos e a justiça social.

Assim, a Administração Pública na busca do interesse público vai utilizar também como parâmetro os princípios oriundos da própria norma posta ou da sua essência. No ordenamento jurídico tais valores têm funções normativas, interpretativa e integradora, já que além de regular a aplicação do direito no caso concreto, serve como norte para entender a lei,

---

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit. nota 2.

bem como supre suas lacunas<sup>13</sup>.

A juridicidade, tem previsão expressa no §1º, inciso I da Lei nº 9.784/99<sup>14</sup> ao estabelecer que os processos administrativos federais vão ser regidos pela “Lei e pelo Direito”, apontando uma distinção entre lei e direito com escopo de ampliar a delimitação das condutas administrativas, inclusive as decisões de políticas públicas, para além de um aspecto formal e procedimental, que a previsão abstrata da lei em sentido estrito gera.

Afirma Sandro Dezan e Samuel Brasil Jr<sup>15</sup> que o termo “processo” previsto na supracitada norma vincula o Estado-administração, “não somente nas suas relações públicas em contraditório, mas também nas formalizações, desenvolvimentos e conclusões de procedimentos”.

A normatividade emanada pelos valores e princípios do ordenamento jurídico faz com que eles vinculem todas as decisões administrativas, ou seja, preceitos como justiça, dignidade humana, honestidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, solidariedade, etc. devem ser balizas da atuação, sobretudo, discricionária da Administração Pública nas ações que envolvem a efetividade dos direitos sociais fundamentais.

Isso porque, a função executiva do Estado é exercida por meio de poderes, prerrogativas e faculdades, que se manifestam por meio de decisões que podem ou não ter uma carga valorativa subjetiva.

A discricionariedade administrativa seria justamente um campo de livre atuação do administrador público conferido pelo próprio ordenamento jurídico. E isso pode decorrer, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>16</sup>, da hipótese da norma, quando trazer disposição imprecisa, do seu comando, quando apresenta alternativas de conduta, ou da finalidade dela, quando a norma tiver como fim valores.

As três causas apontadas pelo autor demonstram que nos casos de atuação discricionária o administrador não consegue extrair da lei apenas uma solução, o que gera como consequência a possibilidade de escolhas, que devem ser norteados pelos ditames legais e constitucionais, sob

---

<sup>13</sup>DEZAN, Sandro Lucio. BRASIL JR. Samuel Meira. A juridicidade do Estado-administração na concretização de políticas públicas de saúde – Um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n.º 11, jan./mar. de 2003. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/49>>. Acesso em: 25 jan. 2019, p. 218.

<sup>14</sup>BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2020.

<sup>15</sup>DEZAN, op. cit., p. 221.

<sup>16</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 19.



pena de ser arbitrária. De acordo com Maria Sylvia Zanella de Di Pietro<sup>17</sup> o poder discricionário é baseado em escolhas baseadas em critérios de mérito, quais sejam, oportunidade, conveniência, justiça, igualdade.

A arbitrariedade nasce justamente quando o ato administrativo extrapola tais limites da discricionariedade, o que pode ocorrer quando a motivação demonstrar interesse particular e imoral e quando não há justificação objetiva, isto é, na ausência de comprovação de que a atuação atende a lei<sup>18</sup>.

Importante ressaltar que há uma distinção entre discricionariedade em potencial e discricionariedade efetiva, a primeira é abstrata, quando ainda prevista em lei, a segunda é quando se está diante de um caso concreto e o administrador, entre todas as alternativas igualmente válidas, deveria escolher a melhor para a realidade fática<sup>19</sup>.

Com isso, é possível concluir que diante o caso concreto não há discricionariedade na atuação propriamente, já que as alternativas devem se restringir a uma, àquela que melhor atende a justiça social daquele caso, o que, conseqüentemente, vai atender a lei e a juridicidade. Isto é, tais parâmetros – lei e juridicidade – e a justiça no caso reduzem a discricionariedade a zero.

A atuação do administrador público na implementação de políticas públicas, quando busca a efetividade dos direitos sociais, na maioria das vezes, é uma escolha de direitos em que um será sacrificado em prevalência de outro, em razão da escassez dos recursos públicos.

Nesse contexto, nasce na doutrina alemã a tese reserva do possível, a qual preceitua que os direitos prestacionais estão condicionados a possibilidade financeira do Estado. E essa disponibilidade financeira estaria no campo da discricionariedade das decisões governamentais. Argumento este amplamente defendido pelos órgãos públicos para restringir a prestação dos direitos sociais no Brasil.

Para Ingo Wolfgang e Marina Filchtiner<sup>20</sup> a reserva do possível tem três dimensões, a real disponibilidade dos recursos, a disponibilidade jurídica deles, principalmente considerando as competências tributárias e orçamentárias no contexto da Federação, bem como a questão da proporcionalidade e da razoabilidade. Contudo, afirmam que essas questões devem servir como

---

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61.

<sup>18</sup> NIETO, Alejandro. apud SADDY, André. *Apreatividade e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 254.

<sup>19</sup> SADDY, André. *Apreatividade e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 134.

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <[https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 29 jan. 2020, p. 19.

garantia a máxima efetividade dos direitos sociais e não como barreira.

Em que pese se reconhecer que a carga política das decisões e o estado econômico do Estado influencia diretamente na prestação dos direitos sociais, a margem de subjetividade na ponderação dos direitos deve sempre observar os limites constitucionais, de forma que não afronte o núcleo existencial e digno dos direitos.

Para tanto, necessário a observância de parâmetros para além das leis em abstrato, buscando também direção nos valores jusfundamentais, de modo que se a decisão pela não prestação ou a prestação deficiente do direito comprometer a vida digna do indivíduo deve ser anulada e revista.

Com isso, vale destacar que, sobretudo, na administração do orçamento público e diante a uma escolha trágica, agentes políticos se subordinam a moralidade, a eficiência, a proporcionalidade, tanto no aspecto da proibição do excesso como no da prestação insuficiente, que atinge diretamente o mínimo existencial digno. Portanto, o Poder Público tem o dever de minimizar a reserva do possível e dar prioridade a máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais, já que estes são responsáveis pela concretude da existência mínima e digna dos cidadãos.

Assim, na prática, a fim de não se caracterizar como decisão arbitrária, ou seja, para que se demonstre que o ato teve motivação moral e justificação objetiva, é importante uma atuação transparente da Administração Pública, comprovando que de fato não há recursos disponíveis para a efetividade do direito social exigido e que isso não compromete o núcleo essencial do direito, que é a vida digna, bem como demonstrar a efetiva e eficiente aplicação dos recursos, prova de fácil demonstração para o Poder Executivo.

E essa exigência se justifica justamente porque se os direitos sociais fundamentais ficarem restritos de efetividade em razão de decisões orçamentárias, sem nenhuma limitação, tais direitos, não teriam efeitos vinculantes concretamente, o que causaria a inefetividade do preceito da dignidade humana e dos valores axiológicos emanados por ele, sobretudo, o de existência digna.

Deste modo, quando se trata de direito à vida e mínimo existencial digno a tese da reserva do possível não prevalece, pois tais ditames exigem prioridade na alocação de recursos financeiros, sendo certo que a crise orçamentária que assola o país consequente, sobretudo, da corrupção estruturada das instituições e da ineficiência na administração delas, não podem justificar a violação flagrante a Constituição Federal, que quando ocorre legitima a interferência do Poder Judiciário, cujo dever é agir diante lesão ou ameaça de lesão a Direito.



### 3. A LEGITIMIDADE DA INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DA JURIDICIDADE EM PROL DOS DIREITOS SOCIAIS

A ideia difundida por Montesquieu<sup>21</sup> acerca da separação de poderes se funda no preceito de que o poder concentrado nas mãos de apenas um governante tende a ser usada em prol de interesses particulares e não coletivos, por isso, passa-se a defender que o exercício do poder estatal deveria ser dividido em órgãos distintos, quais sejam, Legislativo, Executivo e Judiciário, como sendo uma forma de controle recíproco entre eles.

Neste viés, a Constituição Federal de 1988<sup>22</sup> previu o princípio da separação de poderes no art. 2º, bem como instituiu o Estado Democrático de Direito e um Judiciário com um papel fundamental na proteção de lesão ou ameaça de lesão a direito, conforme previsão no art. 5º, XXXV.

Com isso, o Poder Judiciário, principalmente após a II Guerra Mundial e, especificamente, no Brasil com a Constituição, assumiu um papel de protagonista na efetivação dos direitos sociais. O que é alvo de críticas ao argumento de que ele teria uma carência de legitimidade, pois é poder sem voto, principalmente numa democracia, onde o voto legitima a atuação daqueles que exercem a função política.

Contudo, um tipo de ação que legitima o Poder Judiciário é justamente a atuação contramajoritária, que retira seu fundamento do que se chama o “núcleo duro” da Constituição, que resulta da consciência da época e pode estar positivado propriamente ou não.

Não obstante, é possível, atualmente, defender uma nova roupagem ao princípio da separação de poderes, que exige um Judiciário mais atuante, que não só aplica as normas, mas cria seu sentido no caso concreto, com o escopo de concretizar direitos e alcançar a justiça social<sup>23</sup>.

Se por um lado é crescente o protagonismo do Judiciário, por outro lado, atualmente, é crescente o enfraquecimento da representatividade do Poder Executivo, muito em razão da grande crise financeira que assola o Estado brasileiro, que decorre, entre outros fatores, da não observância à juridicidade pelos administradores, que resulta, por exemplo, na ineficiência e imoralidade da administração.

O fato de a Constituição brasileira ser dirigente demonstra que o administrador público

---

<sup>21</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit. nota 2.

<sup>23</sup> DI PIETRO, op. cit. p. 19.

tem que atender a parâmetros que, ainda que implícitos, emanam do texto constitucional, o que, portanto, condiciona a sua atuação.

Como já salientado, para a efetivação dos direitos sociais é indispensável dinheiro público e é fato que tais são limitados, com isso, é preciso fazer escolhas, só que estas não podem ser feitas sem que se observe os parâmetros constitucionais, sob pena de serem arbitrarias e se submeterem ao controle do Judiciário que tem o dever atuar diante violação de direito. Logo, as escolhas são vinculadas, o que legitima atuação judicial.

Como afirma Ana Paula de Barcelos<sup>24</sup> entender dessa forma não significa entender pela “absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo”, ou seja, se reconhece que matérias relacionadas a gastos públicos é momento típico de deliberação político majoritária, contudo, tal é vinculada a condicionantes.

Isso porque, apesar de ser importante manter a estabilidade financeira do Estado, é preciso se preocupar com a forma que o Governo vêm administrando as receitas, uma vez que na realidade o que se vê é a ineficiência e precariedade de serviços básicos como educação e saúde, enquanto há gastos desproporcionais com publicidade, superfaturamento em obras públicas de baixa qualidade, por exemplo. O que demonstra violação a Constituição na medida em que não prioriza direitos fundamentais, como os direitos sociais.

Os direitos fundamentais sociais são pilares que norteiam a vida digna em sociedade, por isso, seu descumprimento pelo Poder Público não é algo que possa ser desconsiderado e faz nascer um direito subjetivo exigível.

Quando o Judiciário está diante de uma ação em que se exige um direito subjetivo consubstanciado numa prestação positiva do Estado, há, na verdade, um sopesamento entre princípios em que de um lado se tem o princípio democrática, separação de poderes e de outro há interesses coletivos e os princípios oriundos dos direitos sociais.

Segundo Robert Alexy<sup>25</sup> para que se possa afirmar que se tem um direito a prestações garantido é necessário que ele seja exigido pela liberdade fática, ou seja, se ele é necessário no poder-agir da realidade fática do indivíduo, que se atenda o princípio da separação de poderes e as competências parlamentares, bem como se o princípio material oposto seja reduzido de forma mais ínfima possível.

A fim de evitar possível violação a separação de poderes e implementar um sistema

---

<sup>24</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p.83-103, abr./ jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 10 jan. 2020, p. 92.

<sup>25</sup> ALEXY, op. cit. p. 512.





eficiente e que atenda os parâmetros constitucionais sugere-se alguns critérios, encampados pela Ana Paula de Barcelos<sup>26</sup>, para o controle judicial de juridicidade das políticas públicas.

O primeiro parâmetro é verificar se a quantidade de recursos fixados na CRFB/88 está sendo atendida, tais como os previstos nos artigos 212, 198, §2º, 195<sup>27</sup>; o segundo é observar se tais recursos realmente estão sendo aplicadas para as políticas públicas; o terceiro é analisar o resultado final, ou seja, se realmente os núcleo essencial dos direitos estão sendo efetivados e; o quarto é julgar os meios que foram utilizados pelo Poder Público, a fim de alcançar a meta de forma eficiente, ou seja, se atende ao princípio da proporcionalidade.

Quando se trata de controle de juridicidade, em razão de ser um controle de sopesamento, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são parâmetros essenciais, tanto nas decisões administrativas, tanto nas análises destas pelo Judiciário.

A razoabilidade seria a imposição de que se atue dentre os padrões médios aceitos por determinada sociedade e a proporcionalidade é explicado por meio de uma subdivisão: adequação; necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito, também chamado de ponderação ou sopesamento.<sup>28</sup>

O ato só é proporcional na modalidade adequação se se consegue o objetivo através da produção daquele ato, se produz o ato e, mesmo assim, não alcança aquele objetivo, aquele ato não era adequado. A proporcionalidade no sentido da necessidade significa analisar o quanto que aquele ato invade a esfera de outro direito, isto é, pergunta-se se seria possível alcançar aquele objetivo de uma forma mais branda, menos incisiva. Já a proporcionalidade em sentido estrito, também chamada de sopesamento, significa que deve haver um juízo de valor entre o bem que se pretende alcançar e o bem que se está violando para alcançar o outro bem jurídico.

Por meio do sopesamento o julgador vai seguir três regras, a fim de chegar na melhor decisão, quais sejam, primeiro vai avaliar o quanto vai ser afetado um dos princípios, segundo deve analisar a importância de preponderância do outro e, por fim, se a prevalência de um justifica a não satisfação do outro<sup>29</sup>.

Importante ressaltar que para a Administração Pública atender aos parâmetros constitucionais supracitados é indispensável que observe outro princípio fundamental, qual seja, o da transparência. É necessário que as receitas e as despesas do Estado sejam divulgadas

---

<sup>26</sup> BARCELLOS, op. cit. p. 94.

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

<sup>28</sup> MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 20 mar. 2020, p. 4.

<sup>29</sup> ALEXY, op. cit. p. 594.



a população, de forma clara, para que viabilize o controle, como sendo uma prestação de contas. Isso porque, o Governo serve ao povo<sup>30</sup>.

Além disso, o Judiciário deve apoiar suas decisões em outras fontes de conhecimento por meio de técnicos especializados, pois certo é que o magistrado nem sempre tem conhecimento para decisões técnicas.

Tudo isso para dizer que “a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade – não pode levar a um esvaziamento do direito. Essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento deste direito”<sup>31</sup>.

Ainda que se esteja vivendo uma crise financeira é importante que se preserve a essência dos direitos sociais e o Judiciário tem um papel fundamental e legítimo nisso, pois é justamente nesses momentos que a população mais necessita destas prestações e o controle de juridicidade deve se pautar justamente no sopesamento de princípios que vão variar de aplicação a depender do caso concreto e da situação<sup>32</sup>.

Em que pese o Judiciário ainda ser muito questionado acerca dessa atuação mais ativa no que tange os direitos sociais, que ora se defende neste trabalho, a Corte brasileira chancelou a sua legitimidade na ADPF nº 45<sup>33</sup>, reconhecendo os limites constitucionais do atuar discricionário do Poder Legislativo e do Poder Executivo no que se refere as políticas públicas.

Importante destacar que um direito fundamental social não pode depender do Judiciário para ter efetividade, o ideal seria que a Administração Pública atuasse de forma eficiente e colaborativa na implementação e efetivação deles, o que conseqüentemente faria com que a atuação daquele Poder fosse mínima. Certo é que este só age diante a demanda do cidadão que diariamente sofre lesão aos seus direitos.

É o que afirmou a desembargadora Margaret de Oliveas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao determinar, liminarmente, que o Estado e o Município adotassem algumas medidas de prevenção à Covid-19 nas unidades de acolhimento de pessoas com deficiência. Ela entendeu que a judicialização de tal pedido, de natureza tão básica e

---

<sup>30</sup> Em razão do dever do Poder Público em manter a transparência na gestão pública, o MPRJ em conjunta com a DPE-RJ ajuizaram, no dia 22/05/2020, ação civil pública pública em face do Município do Rio de Janeiro, a fim de que este divulgue dados sobre o Covid-19, sob o argumento de que a “ausência de dados vem causando danos irreversíveis à população fluminense, já que impede a realização da devida fiscalização sobre a gestão pública”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ação Civil Pública nº 0099556-69.2020.8.19.0001*. Juiz André Pinto. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consulta/ProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2020.001.076180-4>> Acesso em: 25 mai. 2020).

<sup>31</sup> ALEXY, op. cit., p. 515.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 513.

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo/345.htm>> Acesso em: 20 mar. 2020.



fundamental em um momento de pandemia demonstra a ineficiência administrativa, ressaltando o dever do Poder Executivo de bem administrar as verbas arrecadadas pelos cidadãos<sup>34</sup>.

Por fim, entende-se que papel do Judiciário é apontar a violação e fiscalizar, enquanto que cabe a própria Administração a produção do ato que vai solucionar o problema à luz dos parâmetros constitucionais e seguindo os ditames políticos. O limite do juiz é justamente não ultrapassar o que é efetivamente garantido pela ditames constitucionais, ou seja, a essência – vinculante – dos direitos fundamentais sociais, que consiste em uma prestação mínima que garanta uma existência digna.

## CONCLUSÃO

Este trabalho teve como fim defender que os direitos sociais são direitos fundamentais, o que significa dizer que são direitos subjetivos exigíveis, verdadeiras cláusulas pétreas, com normatividade vinculante e efeitos direto e imediato. Isso porque, vinculam a existência dos próprios direitos individuais e garantem o chamado mínimo existencial e digno, principalmente, em relação as classes menos favorecidas, ao criar meios de acesso aos bens da vida.

Em razão disso, buscou-se demonstrar que a Administração Pública em suas decisões, no âmbito de políticas públicas, que efetivem os direitos sociais, deve atender aos ditames da juridicidade, sobretudo, naquelas decisões de caráter discricionário, as quais, o administrador tem uma margem de subjetividade para escolher que caminho tomar, quando, por exemplo, está diante do choque entre dois direitos.

E a juridicidade abrange, exatamente, os valores implícitos decorrentes dos direitos sociais, como o mínimo existencial e digno, que, por sua vez, é o próprio núcleo essencial e intransponível destes direitos. Além de abarcar princípios jurídicos, como proporcionalidade, razoabilidade, justiça, ética, honestidade, transparência, os quais, em que pese sua alta carga subjetiva, possuem alto grau de vinculação. Ao atender a juridicidade, o administrador prioriza a justiça social no caso concreto, já que se aproxima dos ditames constitucionais e, consequentemente, se afasta de decisões arbitrárias.

Uma vez que existem tais limites a atuação do administrador público, nasce a possibilidade de controle de tais atos por meio do Judiciário. Neste viés, defendeu-se a legitimidade deste órgão realizar o controle de juridicidade, com escopo de priorizar a

---

<sup>34</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0030677-13 .2020.8.19.0001*. Relatora Des. Margaret de Oliveira Valle dos Santos. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=202000232227>> Acesso em: 25 mai. 2020.



efetividade dos direitos sociais por meio, principalmente, da fiscalização da implementação das políticas públicas.

A fim de manter um equilíbrio entre os preceitos da separação de poderes e do acesso à justiça, ou seja, para evitar que o próprio Judiciário não ultrapasse os seus limites constitucionais, sugeriu-se que, no controle de juridicidade, este órgão deve averiguar se a decisão administrativa observa quantidade de recursos previstas na Constituição, se eles estão sendo aplicados para as políticas públicas, se está sendo preservado o núcleo essencial dos direitos sociais, ou seja, o mínimo existencial e digno, e se os meios utilizados pelo Poder Público foram os necessários para alcançar o fim pretendido, atendendo a proporcionalidade e eficiência.

Por fim, este trabalho defendeu que o núcleo essencial dos direitos sociais deve prevalecer diante alegação, sem comprovação, de reserva do possível, pois este não pode levar ao esvaziamento de nenhum direito, já que isso inviabilizaria a própria vida humana digna.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Meireles, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p.83-103, abr./ jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/454>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevir. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> Acesso em: 20 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ação Civil Pública nº 0099556-69.2020.8.19.0001*. Juiz André Pinto. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consulta>>



ProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2020.001.076180-4>. Acesso em: 25 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0030677-13 .2020.8.19.0001*. Relatora Des. Margaret de Oliveira Valle dos Santos. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=202000232227>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

DEZAN, Sandro Lucio; BRASIL JR. Samuel Meira. A juridicidade do Estado-administração na concretização de políticas públicas de saúde – Um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n.º 11, jan./mar. de 2003. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/49>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCIA, Emerson (Coord.) et al. *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACEDO, Aruza Alburquerque; SILVA, Cleyton Barreto. *A fundamentalidade dos direitos sociais*. Disponível em: <[https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v\\_encontro/afundamentalidadedossdireitossociais.pdf](https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/afundamentalidadedossdireitossociais.pdf)>. Acesso em: 02 out. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NIETO, Alejandro. apud SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <[https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 29 jan. 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271>>. Acesso em: 02 out. 2019.

## UMA ANÁLISE DA LEI Nº 13.663/18 E A RESPONSABILIDADE JURÍDICA DAS ESCOLAS

Natália Fernández Pereira

Graduada pela Faculdade de Direito Cândido Mendes Tijuca. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – a principal finalidade do artigo é abordar sobre os aspectos gerais do bullying escolar, tratando inicialmente quem são os sujeitos, as vítimas e as modalidades deste fenômeno. Além disso são trazidos dispositivos legais que versam sobre os direitos violados diante do bullying, previstos na Lei nº 13.185/15 e Lei nº 13.663/18. Por fim, debate-se sobre a responsabilidade das escolas e dos responsáveis dos estudantes frente à reparação dos danos causados pelo agressor, conforme previsão do Código Civil e Código de Defesa do Consumidor.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Bullying. Danos. Responsabilidade das escolas.

**Sumário** – Introdução. 1. A caracterização do bullying e sua origem histórica. 2. Uma análise do bullying escolar à luz da Lei nº 13.663/18. 3. Responsabilidade civil das escolas e o dever de indenizar. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute sobre como o bullying tem sido altamente recorrente na sociedade contemporânea, adotando diversas modalidades, a citar a mais recente, o cyberbullying. Afetando diversas camadas sociais e faixas etárias, faz-se necessário adentrar no que consiste o fenômeno do bullying bem como as suas consequências.

Diante de inúmeros atentados e suicídios merece entrar em pauta como ocorre o bullying realizado no âmbito das escolas. É imperioso a proteção do Estado de forma a responsabilizar as escolas diante à sua omissão, bem como a busca pelo diploma legal, de maneira a proteger as vítimas e punir os possíveis infratores.

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e Adolescente possuem previsão quanto à proteção integral da criança e adolescente contra possíveis violências físicas e psicológicas provocadas nas escolas. Neste sentido, surge a Lei nº 13.663/18, que dispõe que os estabelecimentos escolares devem promover medidas de conscientização contra todas as formas de violência e a promoção da cultura de paz.

Contudo, apesar de previsão legal é notável o conceito aberto da Lei, pois seria



de suma importância acrescer quais seriam as medidas legais cabíveis, que poderiam enriquecer essa promoção de combate à prática. Além disso, é notável que deveria determinar sobre a responsabilidade das instituições de ensino e dos responsáveis, frente à ausência de postura.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando sobre os aspectos gerais do *bullying*, de forma a identificar as etapas que ele passa para que possa ser configurado, bem como a caracterização dos envolvidos na relação: a vítima, o agressor e as testemunhas.

O segundo capítulo busca, através do sistema normativo, a prevenção do *bullying*, isto é, busca-se formas a coibir o comportamento agressivo, tendo em vista que a Carta Magna busca a proteção a toda criança e adolescente.

Segue-se ponderando, no terceiro capítulo debatendo sobre a responsabilidade civil das escolas e dos pais, diante do ordenamento jurídico brasileiro, quando configurada a sua omissão a repelir o fenômeno do *bullying*.

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

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

## 1. A CARACTERIZAÇÃO DO *BULLYING* E SUA ORIGEM HISTÓRICA

O *bullying* é uma palavra de origem inglesa, derivada de “*bully*”, que significa valentão, brigão. Deste modo, é representada pela prática de atos violentos, intencionais e repetidos contra uma pessoa indefesa, podendo ocasionar problemas físicos, morais e até mesmo psicológicos. Esses atos violentos podem ser expressos na forma da ridicularização, humilhação, de forma a intimidar, agredir ou diminuir uma pessoa que não pode se defender<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> ROLIM, Marcos. *Bullying: o pesadelo das escolas. Um estudo de caso e notas sobre o que fazer*. 174 f. Dissertação (Pós graduação em Sociologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/14951/000672845.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

Segundo o Ministério da Educação<sup>2</sup>, um em cada dez estudantes brasileiros são vítimas de *bullying*, conforme dados do Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA). Além disso, o percentual é de 43% de casos de *bullying* ocorridos no Brasil, conforme pesquisa realizada pelas Nações Unidas<sup>3</sup>.

Com relação ao fenômeno, os ilustres doutrinadores Canabarro e Correa<sup>4</sup> destacam que:

O *bullying* deve apresentar quatro características essenciais: a intenção do autor em ferir o alvo, a repetição da agressão, a presença de um público espectador e a concordância do alvo em relação à ofensa. Assim, situações como discussões ou brigas pontuais entre colegas e professores não configuram uma situação de *bullying*, é necessário que a agressão ocorra entre os pares (colegas de escola ou trabalho, por exemplo) já que todo o *bullying* é uma agressão, mas toda agressão não é *bullying*.

Neste sentido, para Ana Beatriz Silva<sup>5</sup>, existem cinco modalidades de *bullying*. A primeira é a verbal, em que o agressor se utiliza de xingamentos, ofensas e críticas negativas para desestabilizar a vítima; a segunda é a psicológica ou moral, de forma que o agressor se insere na mente do vulnerável promovendo o isolamento, a sua exclusão da sociedade, e assim humilhando a vítima.

A terceira forma de *bullying* é a física ou material, empregando o uso da violência para furtar ou destruir objetos da vítima e causar ferimentos ou lesões; a quarta forma é a sexual em que se constata assédios, insinuações, e até mesmo abusos sexuais.

Por último se tem a mais recente modalidade que é o *bullying* virtual, mais conhecido como *cyberbullying*, que se coaduna com a ideia de utilizar recursos tecnológicos para promover seus ataques.

É importante ressaltar que o *cyberbullying* pode se manifestar por diversas facetas, como na utilização de diversas mídias sociais, bem como no manuseio de aparelhos conectados à internet em que muitas das vezes se manifestam no anonimato.

Nos dias atuais, é necessária a devida atenção em virtude da disponibilidade da informação e como ela se propaga nos meios sociais através de seus usuários que podem fazer do modo indevido, até mesmo ilícito.

<sup>2</sup> MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Especialistas indicam formas de combate a atos de intimidação*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/211-218175739/47721-especialistas-indicam-formas-de-combate-a-atos-de-intimidacao>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

<sup>3</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pesquisa da ONU mostrando que metade das crianças e jovens do mundo já sofreu bullying*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pesquisa-da-onu-mostra-que-metade-das-criancas-e-jovens-do-mundo-ja-sofreu-bullying/>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

<sup>4</sup> CANABARRO; CORREA apud Rolim, Marcos. *Bullying: o pesadelo das escolas*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2010, p. 95.

<sup>5</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Bullying: mentes perigosas nas escolas*. Rio de Janeiro: Objetiva. 2015, p. 15.





Como visto, este fenômeno pode atingir bens jurídicos distintos, a depender do tipo de violência empregada, podendo recair sobre a integridade física, a honra objetiva e subjetiva da vítima, por meio de calúnia, difamação ou até mesmo a injúria, bem como contra a propriedade. Assim, há uma possível violação nos direitos fundamentais da pessoa humana, conforme prevê na Constituição Federal<sup>6</sup>.

Cumprе ressaltar que existem três tipos de personagens que são englobados no *bullying*: o agressor, o sujeito ativo; a vítima, o sujeito passivo e os espectadores ou também chamados de testemunhas<sup>7</sup>.

O agressor, ao fazer o *bullying*, comete esses atos contra vítimas mais vulneráveis, conforme a cartilha do Conselho Nacional de Justiça<sup>8</sup>:

Os *bullies* (agressores) escolhem os alunos que estão em franca desigualdade de poder, seja por situação socioeconômica, situação de idade, de porte físico ou até porque numericamente estão desfavoráveis. Além disso, as vítimas, de forma geral, já apresentam algo que destoa do grupo (são tímidas, introspectivas, nerds, muito magras; são de credo, raça ou orientação sexual diferente etc.). Este fato por si só já as torna pessoas com baixa autoestima e, portanto, são mais vulneráveis aos ofensores.

Afirma Ana Beatriz Silva<sup>9</sup> que as vítimas podem ser: típicas, adotando uma postura mais tímida, com dificuldade de impor e reagir; provocadoras, são capazes de se insuflar nas outras pessoas as reações agressivas contra si mesmas, e assim podem reagir contra as agressões, porém de forma insuficiente e precária. Por último, encontram-se as vítimas agressoras que reproduzem o ato que sofrem contra uma outra pessoa mais fraca, repetindo o que sofrem.

Por fim, conforme destacado por Silva<sup>10</sup>, as testemunhas podem ser aquelas que presenciam o fenômeno, no entanto não realizam nenhuma atitude para repelir. Assim, poderão adotar uma postura passiva quando não concordam, porém nada fazem para combater o ato de *bullying*; podem adotar uma postura ativa quando não participam, todavia incentivam o comportamento do agressor, ou podem ainda serem neutras, quando omitem de forma imoral o ato violento.

<sup>6</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2020.

<sup>7</sup>SILVA, op. cit., p. 25.

<sup>8</sup>Idem. *Bullying Cartilha 2010 Projeto justiça nas escolas*. Disponível em: <[http://www.truzzi.com.br/blog/wp-content/uploads/2010/10/Cartilha\\_Bullying\\_CNJ.pdf](http://www.truzzi.com.br/blog/wp-content/uploads/2010/10/Cartilha_Bullying_CNJ.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2020.

<sup>9</sup>SILVA, op. cit., 2015, p. 25-29.

<sup>10</sup>Ibid., p. 31-32.

O *bullying* ocorre em diversas camadas sociais e faixas etárias, porém é evidente a grande ocorrência nas instituições escolares diante de inúmeras casos contra crianças e jovens, sendo foco do estudo em questão.

Nas escolas o *bullying* sempre existiu, porém foi devidamente observado em meados de 1970, segundo Fante<sup>11</sup>, pelo professor Dan Olweus na Noruega. Assim o fenômeno foi construído em outros países, desenvolvendo teses acerca de buscar o apoio e proteção às vítimas que sofrem com as consequências, a devida reprimenda aos agressores e a prevenção para que não ocorra de forma tão constante.

Cumprе ressaltar que as consequências desta violência podem resultar em sequelas para a vida adulta, como baixa estima, diminuição no rendimento, agressividade, alterações no sono, transtornos alimentares, problemas psicológicos, automutilação e até mesmo suicídios<sup>12</sup>. Logo é evidente a busca para a conscientização e prevenção do *bullying*.

Neste sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente <sup>13</sup>(ECA) busca a proteção integral à criança e ao adolescente, e no art. 3º prevê que todos os seus direitos são fundamentais e inerentes à pessoa humana, bem como no art. 4º que dispõe que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, sendo assegurado, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, entre outros.

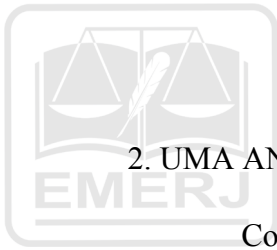
Assim, no diploma legal estão previstas diversas garantias a fim de proteger a criança e ao adolescente contra possíveis condutas violentas, tendo em vista que são brutalmente violados quando evidencia-se a prática do *bullying*. Faz-se necessário o implemento de políticas públicas a fim de buscar a responsabilidade civil das escolas, com a consequente indenização das vítimas.

---

<sup>11</sup> FANTE, Cleo. *Fenômeno bullying: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz*. 2. ed. Campinas, São Paulo: Verus, 2005, p. 45.

<sup>12</sup> ALVES, Edson Câmara de Drummond Junior; CARVALHO, Jussara Célia Ribeiro de; LOPES, Liana Mara Siqueira; SOUSA, Ana Gabriela de Castro. *O bullying e a responsabilidade civil das escolas particulares no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <[https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2018/10/015\\_ARTIGO\\_O\\_BULLYING\\_E\\_A\\_RESPONSABILIDADE\\_CIVIL\\_DAS\\_ESCOLAS\\_PARTICULARES\\_NO\\_DIREITO\\_BRASILEIRO.pdf](https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2018/10/015_ARTIGO_O_BULLYING_E_A_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DAS_ESCOLAS_PARTICULARES_NO_DIREITO_BRASILEIRO.pdf)> Acesso em: 18 ago. 2020.

<sup>13</sup>BRASIL. *Estatuto da Criança e do adolescente* – Lei nº 8.069/1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.



## 2. UMA ANÁLISE DO *BULLYING* ESCOLAR À LUZ DA LEI 13.663/18

Conforme já analisado, o *bullying* é um comportamento intimidatório e/ou agressivo que pode afetar a habilidade da vítima, seu progresso acadêmico e social, inclusive pode evoluir para agressões físicas, morais, entre outras. Assim, tais condutas acarretam em violações aos direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988<sup>14</sup>.

A citar, o princípio da dignidade da pessoa humana visa garantir ao ser humano os direitos básicos para que sobreviva, bem como possa ter uma vida digna, indo de encontro a prática do *bullying*<sup>15</sup>.

No art. 5º, incisos III, X, XLI da Carta Magna<sup>16</sup>, estabelecem várias garantias das vítimas do *bullying* que podem se resguardar quando quiserem reclamar por ser seus direitos quando violados, a título de exemplo, se houver lesão à vítima, os atos agressores são passíveis de indenização. Ademais, também há previsão no art 227 da Constituição Federal<sup>17</sup>, quando visa a doutrina jurídica de proteção integral à infância e adolescência<sup>18</sup>.

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>19</sup> (Lei nº 8.069/90) possui dispositivos que preveem inúmeras prerrogativas aos menores, para que assim tenham segurança e dignidade. Insta salientar que o praticante do *bullying* viola diversos preceitos abarcados pelo Estatuto, conforme orientação de José Eduardo Vaz<sup>20</sup>:

O cumprimento inequívoco do Estatuto da Criança e do Adolescente é o princípio maior que deve orientar toda a ação de Governo, o Judiciário e a sociedade, pois, conforme versam os artigos 15 e 17, a criança e o adolescente tem o direito de serem respeitados em sua dignidade humana e direito a tal respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo preservação da imagem, da identidade, autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Para tanto, a Declaração Universal dos Direitos da Criança<sup>21</sup> determina a garantia à criança quando tiver o seu direito violado:

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>15</sup> VAZ, José Eduardo Parlato Fonseca. *A responsabilidade indenizatória da prática do bullying*. Disponível em: <<https://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/a-responsabilidade-indenizatoria-da-pratica-do>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

<sup>16</sup>BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> VAZ, op. cit.

<sup>19</sup>BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>20</sup> VAZ, op. cit.

<sup>21</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos direitos das Crianças*, de 20 de novembro de 1959. Disponível em: < [http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm) >. Acesso em: 20 abr. 2020.

Princípio 1º:

A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família.

Princípio 10º:

A criança gozará proteção contra atos que possam suscitar discriminação racial, religiosa ou de qualquer outra natureza. Criar-se-á num ambiente de compreensão, de tolerância, de amizade entre os povos, de paz e de fraternidade universal e em plena consciência que seu esforço e aptidão devem ser postos a serviço de seus semelhantes.

Por muito tempo necessitava-se de uma lei específica no combate ao *bullying*. Por se tratar de um fenômeno cotidiano nas relações escolares, afetando o desenvolvimento emocional e psicossocial das crianças e dos adolescentes, é forçosa a criação de um diploma legal, que trate com mais especificidade sobre o fenômeno, visto o valor moral e social que pode trazer se não for devidamente considerado.

Após vários anos de discussão sobre ausência de dispositivos específicos relacionados ao combate da prática do *bullying*, entrou em vigor a Lei nº 13.185<sup>22</sup> em 06 de novembro de 2015, instituída pela ex-presidente Dilma Rouseff, que nela prevê o programa de combate à intimidação sistemática em todo território da República Federativa do Brasil.

Contudo, surgem duras críticas ao afirmar que a referida lei é um carta de boas intenções, repleta de conceitos e ideias utópicos<sup>23</sup>. A lei de combate ao *bullying* está distante da realidade.

No art. 2º da Lei prevê o conjunto de fatos que se adequam a violência física ou psicológica, decorrentes de atos de intimidação, humilhação ou discriminação da vítima, bem como trata sobre o conceito de *cyberbullying*. No art. 3º trata ainda sobre a classificação legal de intimidação sistemática, bem como as condutas tipificadas<sup>24</sup>.

Não obstante, a classificação e caracterização do *bullying* foram elencados de forma explicativa pelo legislador, dando azo a uma zona cinzenta de entendimento que possa driblar as ações corretivas e inibidoras contra os agressores.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup>BRASIL. *Lei nº 13.185*, de 6 de novembro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2020.

<sup>23</sup>MESQUITA, Ana Paula Siqueira Lazzareschi de. *Recém sancionada, lei de combate ao bullying é distante da realidade*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-13/ana-paula-mesquita-lei-bullying-distante-realidade>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

<sup>24</sup>BRASIL, op. cit., nota 22.

<sup>25</sup>MESQUITA, op. cit.



Outrossim, no art. 4º do diploma legal<sup>26</sup> dispõe sobre os objetivos da lei, como capacitar docentes e equipe pedagógica para prevenir e orientar sobre o tema; dar assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e aos agressores. O artigo trata sobre a punição do agressor, todavia não alude as medidas para resguardar os danos causados à vítima; bem como cita sobre a capacitação dos docentes para solução dos problemas decorrentes do fenômeno, porém não elenca as consequências diante do inércia da escola<sup>27</sup>. Destaca Mesquita<sup>28</sup>:

Em relação a esse ponto, a posição do legislador não é apenas condenável, como também abominável. Muitas crianças e adolescentes possuem a certeza inequívoca de que nada irá acontecer com aqueles que agridem, ofendem e humilham seus pares. O legislador esqueceu-se que, atualmente, o bullying é um problema de saúde pública!

Posteriormente, no art. 6º possui a previsão quanto a relatórios bimestrais das ocorrências da intimidação sistemática para planejamento das ações<sup>29</sup>. Entretanto, mais uma vez a lei é criticada diante dos comandos vagos, como não trazer como são produzidos os relatórios, onde serão produzidos, quais são as punições diante do descumprimento. Desta forma, a presente lei serve praticamente apenas a título informativo e insuficientemente preventivo, devido às suas lacunas<sup>30</sup>.

Além da Lei nº 13.185/05, que trata sobre o combate à intimidação sistemática, surgiu a Lei nº 13.663<sup>31</sup>, promulgada em 14 de maio de 2018. Esta lei altera o art. 12 da Lei nº 9.394/96 para incluir a promoção de medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência e a promoção da cultura entre de paz entre as incumbências dos estabelecimentos de ensino, conforme a seguir:

Art. 1º O caput do art. 12 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos IX e X:

Art. 12. (...)

IX- promover medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência, especialmente a intimidação sistemática (*bullying*), no âmbito das escolas;

X - estabelecer ações destinadas a promover a cultura de paz nas escolas.” (NR)

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 22.

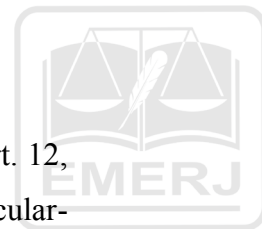
<sup>27</sup>JOSUÉ, Aryane Maria Aguiar Costa. *Bullying*: uma análise crítica sobre a Lei nº 13.185/2015. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/55200/bullying-uma-analise-critica-sobre-a-lei-n-13-185-2015>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

<sup>28</sup> MESQUITA, op. cit.

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 22.

<sup>30</sup> JOSUÉ, op. cit.

<sup>31</sup>BRASIL. *Lei nº 13.663*, de 14 de maio de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13663.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13663.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2020.



Assim, as entidades de ensino possuem determinadas incumbências no art. 12, como promover um ambiente escolar seguro, elaborar propostas pedagógicas, articular-se com as famílias e a comunidade, e com a Lei nº 13.663 estipulou-se também que é dever das escolas promoverem medidas de conscientização, prevenção e de combate ao *bullying*, bem como fomentar ações destinadas a cultura de paz.

Cumpra esclarecer que a inserção desses incisos no artigo 12 da Lei nº 9.394/96, foi uma forma que o legislador encontrou para reafirmar a obrigatoriedade da implementação do Programa de Combate ao *Bullying* como política de *compliance* escolar. Assim constitui uma obrigação das instituições de ensino implementar estes programas<sup>32</sup>.

Salienta a doutrinadora Mesquita<sup>33</sup>, que caso as escolas não realizarem estes programas, o serviço educacional fornecido será defeituoso, seja na modalidade pública ou privada, e assim haverá uma violação frontal ao artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor<sup>34</sup> e aos artigos 186 e 932, inciso IV do Código Civil<sup>35</sup>, sem prejuízo da apuração da responsabilidade criminal dos diretores e mantenedores do colégio nos termos do artigo 13 do Código Penal<sup>36</sup>.

Diante desta perspectiva, é indubitável que a conduta atuante do administrador escolar deve ser voltada também para a prevenção, e não apenas para o combate quando evidenciado o fenômeno. A aplicação imediata de políticas de *compliance* escolar objetiva a proteção de vidas, a perpetuação do sucesso pedagógico com os alunos, bem como estando a escola em conformidade com a legislação vigente, não irá sofrer com sanções regulatórias e indenizatórias.

---

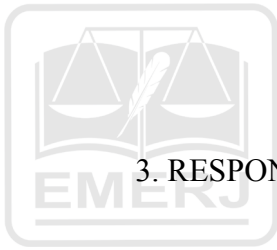
<sup>32</sup> MESQUITA, Ana Paula Siqueira Lazzareschi de. *Lei antibullying 13.663/18 e seu reflexo jurídico nas escolas*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/280614/lei-antibullying-13663-18-e-seu-reflexo-juridico-nas-escolas>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2020.

<sup>35</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 18 mai. 2020.

<sup>36</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848_compilado.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2020.



### 3. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ESCOLAS E O DEVER DE INDENIZAR

Diante da propagação do *bullying*, a autora<sup>37</sup> Eleanor Schuchardt resolve uma das soluções para o combate do fenômeno perpetuado nas escolas, afirmando que se faz necessária uma equipe profissional e multidisciplinar, adotando assim a cultura do diálogo:

A melhor forma das escolas agirem perante o *bullying* é não se omitir e promover intervenções que possam diminuir a proliferação dos casos. Sabe-se que a redução do *bullying* não é fácil, que exige um trabalho continuado, com custos baixos, mas é necessário contar com uma equipe escolar comprometida com a problemática para que a escola se torne um local mais seguro.

Porém questiona-se: como esse problema é resolvido diante da inércia das escolas? Para tanto, far-se-á necessário ingressar com uma ação de responsabilidade. A responsabilidade pode ser vista sob várias cearas, como civil, penal, administrativo, tributário, e aqui será tratada a responsabilidade civil.

Segundo Tartuce<sup>38</sup>, a responsabilidade civil nasce “em face de um descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinar pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”.

Assim, de acordo José Eduardo Vaz<sup>39</sup> “quando o agressor da prática do *bullying* for pessoa incapaz, esse não poderá responder diretamente pela reparação do dano que causar, podendo a responsabilidade ser atribuída ao estabelecimento de ensino ou ao responsável pelo menor”. Desta forma, a fonte do dever de indenizar pode estar regida pelo ato ilícito ou pelo descumprimento contratual.

Para tal se aplicam os arts. 186, 927 do Código Civil<sup>40</sup>, que preveem sobre a possibilidade de reparação civil diante da prática do ato ilícito, bem como a responsabilidade dos pais e a do próprio filho-agressor, dando ensejo a uma responsabilidade extracontratual.<sup>41</sup> Desta forma, os pais serão responsáveis civilmente

<sup>37</sup> SCHUCHART, Eleanor. *Bullying e algumas propostas de ações de enfrentamento dessa problemática*. 2012. 80 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Centro Universitário Salesiano de São Paulo, São Paulo, p. 56.

<sup>38</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018, p. 515.

<sup>39</sup> VAZ, op. cit.

<sup>40</sup> BRASIL, op. cit., nota 35.

<sup>41</sup> BORJES, Isabel Cristina Porto. *Bullying escolar e o dever de indenizar*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/01/24/bullying-escolar-e-o-dever-de-indenizar/>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

pelos atos ilícitos praticados por seus filhos menores, tendo em vista que estão sob sua guarda<sup>42</sup>, de acordo com o art 932, inciso I, do Código Civil<sup>43</sup>.

Afirma Borjes<sup>44</sup> que essa responsabilidade é objetiva por força do art. 933 do Código Civil<sup>45</sup>, bastando a vítima comprovar o dano e o nexo causal existente entre a conduta do *bully* (filho menor agressor) e o prejuízo sofrido.

No outro giro, afirma que escola também tem responsabilidade em caso de *bullying*, contudo, a fonte geradora será o descumprimento contratual, em virtude da obrigação de manter o aluno seguro, resguardando sua integridade psicofísica, que decorre do dever de vigilância transferida pelos pais, ainda que temporariamente<sup>46</sup>.

Ademais, diante da omissão da entidade de ensino particular, adota-se as medidas da legislação consumerista, conforme disposto nos arts. 2, 3 e 14 do Código de Defesa do Consumidor<sup>47</sup>, ao entender que os alunos são consumidores e a escola é considerada fornecedora de serviços, de acordo com a orientação de José Eduardo Vaz<sup>48</sup>.

Assim, por se tratar de uma instituição particular, a responsabilidade será objetiva e o serviço será considerado defeituoso. Além disso, conforme o art. 932, inciso IV e 933 do Código Civil<sup>49</sup>, a instituição responderá civilmente, ainda que não haja culpa de sua parte, pois responderão pelos atos praticados por terceiros.<sup>50</sup>

Com relação a instituição pública, não há o que se falar em aplicação da legislação consumerista, se empregando o art. 37 §6 da Constituição Federal<sup>51</sup>, em que havendo omissão do colégio, haverá a responsabilidade do poder público.<sup>52</sup>

Insta salientar que, caso a instituição, seja particular ou pública, comprove que realizou todos os recursos necessários para evitar o *bullying*, irá indenizar a vítima e poderá entrar com ação de regresso em face do agente causador.<sup>53</sup>

---

<sup>42</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas 2012, p.49.

<sup>43</sup> BRASIL, op.cit., nota 35.

<sup>44</sup> BORJES, op. cit.

<sup>45</sup> BRASIL, op.cit., nota 35.

<sup>46</sup> BORJES, op. cit.

<sup>47</sup> BRASIL, op.cit., nota 34.

<sup>48</sup> VAZ, op. cit.

<sup>49</sup> BRASIL, op.cit., nota 35.

<sup>50</sup> BORJES, op. cit.

<sup>51</sup> BRASIL, op.cit., nota 6.

<sup>52</sup> VAZ, op. cit.

<sup>53</sup> Ibid.



Não obstante, se analisa um julgado<sup>54</sup> do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, em que se observa a procedência do pedido para acolher a responsabilidade da instituição no caso até mesmo fora do ambiente escolar:

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. ASSÉDIO MORAL. BULLYING A VITIMAR ALUNA MENOR. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL IN RE IPSA A ATINGIR A ESTUDANTE E SEUS PAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IRRELEVÂNCIA. CORRETA APRECIÇÃO DO CONCERTO PROBATÓRIO. INDENIZAÇÕES. EFICÁCIA INIBITÓRIA E SANCIONADORA. (...) 4. É irrelevante que a maior parte do assédio moral se tenha dado fora da escola, através de redes sociais, porque educar é, inclusive ex vi legis e por imperativo constitucional, processo de múltiplos atores, entre eles a escola, a qual interage diretamente com a família, com o Estado e com a sociedade. 5. Assim, a responsabilidade dos estabelecimentos de ensino persiste para além de seus portões e é diuturna; ao amplo espaço extramuros escolares se espraia sua disciplina, empregado aqui o substantivo não apenas no sentido de relação de subordinação do aluno ao mestre ou ao instrutor, logo, à escola, mas, sobretudo, no significado de ensino, instrução e educação.

Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>55</sup> também se entende que é ônus dos pais e/ou do aluno comprovar a omissão das escolas no dever de vigilância e diante da inexistência de elementos deve ser julgado improcedente o pedido:

APELAÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. BULLYING. INEXISTENCIA DE PROVA DE OMISSÃO DA ESCOLA. REFORMA DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA. Na espécie, trata-se de demanda indenizatória em face do educandário, ora apelante, afirmando os apelados serem vítimas de bullying. Inexistência de elementos que possam caracterizar a presença da responsabilidade do estabelecimento escolar, considerando que a prova produzida nada indica a ocorrência do mesmo. Ônus da prova que cabe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, nos termos do artigo 373, I, do CPC/2015.

Como já visto, a instituição escolar não será responsabilizada caso adote medidas necessárias para prevenir ou remediar o fenômeno do *bullying*, conforme o julgado a seguir<sup>56</sup>:

---

<sup>54</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0003647-52.2015.8.19.0202*. Relator: Fernando Foch de Lemos Arigony Da Silva. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049C0724AF9591DB97BC1D35F5C14365AFC50B130F1737>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

<sup>55</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. *Apelação Cível nº 165898763-2011.8.19.0004*. Relator: Cherubin Helciass Schwartz Júnior. Disponível em: <<https://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/583720613/apelacao-apl-16589876320118190004-rio-de-janeiro-sao-goncalo-6-vara-civil>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

<sup>56</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0402632-04.2015.8.19.0001*. Relator: Maria Aglaé Tedesco Vilardo. Disponível em:



APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALEGAÇÃO DE BULLYING EM ESCOLA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DA RÉ. Adolescente que tinha histórico de baixa autoestima. Situação ocorrida com colegas e providências pedagógicas tomadas pela equipe escolar. Suspensão de alguns alunos por dois dias e posterior reunião com o autor, com 15 anos à época, com pedidos de desculpas e conscientização sobre respeito nos relacionamentos nesta fase da adolescência. Participação ativa da escola que cumpriu o Estatuto da Juventude, Lei nº 12.852/2013, art. 2º, inciso I, princípio da promoção da autonomia e emancipação dos jovens. Os problemas de relacionamento foram adequadamente encaminhados. Não houve omissão ou falha na prestação do serviço. Ausência de ato ilícito. Sentença que se reforma para julgar improcedente o pedido de indenização por dano moral por falha na prestação do serviço escolar. PROVIMENTO DO RECURSO.

A responsabilidade civil das escolas deve ser analisada no caso concreto, de forma a saber se a instituição escolar tomou as medidas cabíveis em prol dos alunos em combate ao fenômeno do *bullying*, de forma que não fique caracterizada a sua inércia.

Por fim, a vítima do *bullying* poderá optar em ajuizar a ação em desfavor dos responsáveis do agressor ou contra a escola ou ainda contra todos, na forma solidária, e subsidiariamente contra o menor agressor, se atender as exigências do art. 928 do Código Civil<sup>57</sup>, de acordo com Isabel Borjes.<sup>58</sup>

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que o fenômeno do *bullying* é um problema mundialmente reconhecido, realizado principalmente no âmbito das instituições escolares, podendo ser exercido por meio da agressão ou da violência. Cumpre ressaltar este tipo de violência deve ter a devida atenção considerando que poderá prejudicar o desenvolvimento da criança e/ou adolescente, interferindo no seu convívio escolar, até mesmo na sua vida pessoal.

O legislador trouxe diversos diplomas legais prevendo possíveis violações aos direitos individuais, como na Constituição Federal e no Código Civil, assim como à criança e do adolescente, na Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Porém, frente à ocorrência do *bullying*, fez-se necessário a inovação de outras previsões legais buscando uma especialização na área, a citar as Leis nº 13.185/16 e 13.663/18.

---

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FED9EEC9DF004506F3C1E D50021AD09EC50A34163E35&USER=>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

<sup>57</sup> BRASIL, op. cit., nota 35.

<sup>58</sup> BORJES, op. cit.



Assim, estas leis consagradas pelo Poder Legislativo instituíram o programa ao combate à intimidação sistemática, contudo, como já visto, sofrem duras críticas por não especificar, por exemplo, quais seriam os métodos preventivos e repressivos, restando apenas lacunas nas leis.

Sem embargo, conforme salientado, é necessário que as instituições de ensino implementem efetivos programas de combate a esta violência, como por exemplo, realizando palestras e seminários sobre o assunto, promovendo a cultura do diálogo, assim como garantindo a devida punição ao aluno-agressor. Desta forma, a instituição deve ser o mecanismo solucionador de conflitos visando a preservação da dignidade humana dos alunos.

Insta salientar que apesar não ser possível eliminar o abalo e sofrimento causado às vítimas, existe a possibilidade de reparação civil quanto aos danos materiais e morais, conforme previsão no Código Civil, diante da omissão das escolas.

Em conjunto com a instituição escolar, é dever dos pais ou responsáveis promover a função de educar, tendo em vista a responsabilidade solidária. Conforme o Código Civil, os pais são responsáveis na reparação civil pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

Outrossim, a vítima, diante da violação do direito fundamental, poderá ingressar no Poder Judiciário buscando a reparação do dano, seja dos responsáveis e da instituição escolar, quando esta for omissa.

De qualquer forma, a prática do combate ao *bullying* deve ser vista com muita atenção, seja no caráter repressivo, seja no preventivo, sendo um dever de todos para que este fenômeno seja evitado.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Edson Câmara de Drummond Junior; CARVALHO, Jussara Célia Ribeiro de; LOPES, Liana Mara Siqueira; SOUSA, Ana Gabriela de Castro. *O bullying e a responsabilidade civil das escolas particulares no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: < [https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2018/10/015\\_ARTIGO\\_O\\_BULLYING\\_E\\_A\\_RESPONSABILIDADE\\_CIVIL\\_DAS\\_ESCOLAS\\_PARTICULARES\\_NO\\_DIREITO\\_BRASILEIRO.pdf](https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2018/10/015_ARTIGO_O_BULLYING_E_A_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DAS_ESCOLAS_PARTICULARES_NO_DIREITO_BRASILEIRO.pdf)> Acesso em: 18 ago. 2020.

BORJES, Isabel Cristina Porto. *Bullying escolar e o dever de indenizar*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/01/24/bullying-escolar-e-o-dever-de-indenizar/>>. Acesso em: 18 ago. 2020.



BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 18 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)> Acesso em: 18 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 18 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Criança e do adolescente – Lei nº 8.069/1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 20 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.185*, de 6 de novembro de 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2020

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.663*, de 14 de maio de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13663.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13663.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0003647-52.2015.8.19.0202*. Relator: Fernando Foch de Lemos Arigony Da Silva. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049C0724AF9591DB97BC1D35F5C14365AFC50B130F1737>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

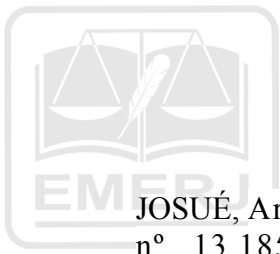
\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0402632-04.2015.8.19.0001*. Relatora: Maria Aglaé Tedesco Vilaro. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FED9EEC9DF004506F3C1ED50021AD09EC50A34163E35&USER=>>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. *Apelação Cível nº 165898763-2011.8.19.0004*. Relator: Cherubin Helciass Schwartz Júnior. Disponível em: <<https://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/583720613/apelacao-apl-16589876320118190004-rio-de-janeiro-sao-goncalo-6-vara-civel>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

CANABARRO; CORREA apud ROLIM, Marcos. *Bullying: o pesadelo das escolas*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas 2012.

FANTE, Cleo. *Fenômeno bullying: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz*. Campinas, São Paulo: Verus, 2005.



JOSUÉ, Aryane Maria Aguiar Costa. *Bullying: uma análise crítica sobre a Lei nº 13.185/2015*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55200/bullying-uma-analise-critica-sobre-a-lei-n-13-185-2015>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

MESQUITA, Ana Paula Siqueira Lazzareschi. *Lei antibullying 13.663/18 e seu reflexo jurídico nas escolas*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/280614/lei-antibullying-13663-18-e-seu-reflexo-juridico-nas-escolas>> Acesso em: 20 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Recém sancionada, lei de combate ao bullying é distante da realidade*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-13/ana-paula-mesquita-lei-bullying-distante-realidade>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Especialistas indicam formas de combate a atos de intimidação*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/211-218175739/47721-especialistas-indicam-formas-de-combate-a-atos-de-intimidacao>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos direitos das Crianças*, de 20 de novembro de 1959. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm)> Acesso em: 20 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pesquisa da ONU mostrando que metade das crianças e jovens do mundo já sofreu bullying*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pesquisa-da-onu-mostra-que-metade-das-criancas-e-jovens-do-mundo-ja-sofreu-bullying/>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

ROLIM, Marcos. *Bullying: o pesadelo das escolas. Um estudo de caso e notas sobre o que fazer*. 174 f. Dissertação (Pós graduação em Sociologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/14951/000672845.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

SCHUCHART, Eleanor. *Bullying e algumas propostas de ações de enfrentamento dessa problemática*. 2012. 80 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Centro Universitário Salesiano de São Paulo, São Paulo.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Bullying: mentes perigosas nas escolas*. Rio de Janeiro: Objetiva. 2015.

\_\_\_\_\_. *Bullying Cartilha 2010 Projeto justiça nas escolas*. Disponível em: <[http://www.truzzi.com.br/blog/wp-content/uploads/2010/10/Cartilha\\_Bullying\\_CNJ.pdf](http://www.truzzi.com.br/blog/wp-content/uploads/2010/10/Cartilha_Bullying_CNJ.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

VAZ, José Eduardo Parlato Fonseca. *A responsabilidade indenizatória da prática do bullying*. Disponível em: <<https://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/a-responsabilidade-indenizatoria-da-pratica-do>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

## A (I) LEGALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA REPRESSÃO E PUNIÇÃO DOS CRIMES NA OPERAÇÃO LAVA JATO

Natália Maffei Tomé Eckstein

Graduada pelo IBMEC. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – o presente Artigo Científico tem como propósito averiguar a legalidade da aplicação da colaboração premiada na Operação Lava Jato. A norma é utilizada para reprimir e penalizar os crimes advindos do caso de maior popularidade no país, como organização criminosa, corrupção e lavagem de dinheiro. Destarte, o instituto é bastante discutido no mundo jurídico, buscando compreender a sua constitucionalidade na Lava Jato. No devido trabalho, explorou-se analisar a licitude e críticas sobre a norma por parte da doutrina em relação aos princípios fundamentais vigentes no artigo 5º da Constituição Federal, a prisão preventiva antes da condenação e a iniciativa do Delegado de Polícia nos acordos de colaboração premiada, para apreciar a legalidade do instituto em meio de suas violações.

**Palavras-chave** – Direito Penal Econômico; Colaboração premiada; Operação Lava Jato; Legalidade; Violação.

**Sumário** – Introdução. 1. Violações aos princípios fundamentais vigentes no artigo 5º, da Constituição Federal. 2. A prisão preventiva antes da condenação na Operação Lava Jato. 3. Da iniciativa do Delegado de Polícia nos acordos de colaboração. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente Artigo Científico tem por escopo estudar a legalidade da aplicação da colaboração premiada na Operação Lava Jato. Este instituto é utilizado para proscreever e punir os crimes advindos do caso de maior popularidade no país, como organização criminosa, corrupção e lavagem de dinheiro. À vista disso, a norma é bastante discutida no mundo jurídico, buscando entender a sua constitucionalidade na Lava Jato.

No devido trabalho, explorou o seu cumprimento na Operação, averiguando a licitude e críticas sobre a norma por parte dos acadêmicos de Direito.

O tema é controvertido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, e digno de atenção, visto a notoriedade da Operação nacionalmente e no mundo.

O Artigo Científico será dividido em três capítulos, no qual em seu primeiro discorre sobre as violações do acordo de colaboração premiada em relação aos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual pondera os princípios e suas aplicações nos acordos.



Para tanto, é irrefutável explicar as divergências sobre prisão preventiva, dissertada no segundo capítulo, tendo em vista o caráter de punição, o qual diverge opiniões.

E, por fim, o terceiro capítulo prossegue apreciando a viabilidade de iniciativa do Delegado de Polícia nos acordos de colaboração premiada, com objetivo de auferir de que maneira se verifica sua constitucionalidade.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende analisar um conjunto de proposições hipotéticas com fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

A abordagem para sustentação de sua tese é qualitativa, verificando bibliografias referentes ao instituto, analisada e presente na pesquisa com fim explicatório.

## 1. VIOLAÇÕES AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS VIGENTES NO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Neste capítulo, serão averiguadas as cláusulas conflitantes da colaboração premiada consoante a Constituição da República.

Os Direitos e Garantias Fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988, são uma criação de um contexto histórico-cultural da população, visando proteger direitos do cidadão, como direito à vida, à liberdade, dignidade, entre outros elencados no texto constitucional que serão analisados.

Previsto no artigo 5º, XXXV, da Carta Constitucional<sup>1</sup>, o direito de ação assegura que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário. Diante o exposto, verifica-se no acordo a proibição do colaborador de contestar o termo na justiça e até interpor recursos pela sentença imposta. Não obstante, observam-se exceções, caso a pena extrapole os limites fixados no acordo<sup>2</sup>.

Vladimir Aras<sup>3</sup> presume ser ilógico o colaborador questionar judicialmente em recurso ou *Habeas Corpus* as cláusulas penais ora indenizatórias previstas na sentença baseada nos termos do acordo, pressupondo ser *venire contra pactum proprium*, admitida

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Brasília, 05 de janeiro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>2</sup>RODAS, Sérgio. *Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais*. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>> Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>3</sup>ARAS, Vladimir. *Sexta crítica: direitos processuais do acusado são ilegalmente suprimidos nos acordos de colaboração premiada*. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/13/sexta-critica-direitos-processuais-do-acusado-sao-ilegalmente-suprimidos-nos-acordos-de-colaboracao-premiada/>> Acesso em: 22 set. 2019.



no Direito. Entretanto, não é possível vedar o recurso por parte do colaborador, devendo ser constatadas pelo juiz que homologa o acordo.

Na colaboração de Paulo Roberto Costa<sup>4</sup>, nas cláusulas 11 e 12, corrobora-se a vedação de impetrar *Habeas Corpus* e desistência das ações penais que estão em tramitação, violando o artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988<sup>5</sup>:

Cláusula 11. A defesa e o acusado concordam com a suspensão de todas as ações penais em andamento em relação a ele, bem como com o adiamento de atos processuais, sem que isso caracterize ou venha a caracterizar excesso de prazo de prisão, uma vez que são feitos em seu interesse, na hipótese de o Ministério Público entender necessário seu sobrestamento para avaliar a produtividade da colaboração ou adotar outras medidas pertinentes à colaboração.

Cláusula 12. A defesa desistirá de todos os Habeas Corpus impetrados no prazo de 48 horas, desistindo também do exercício de defesa processuais, inclusive de discussões sobre competência e nulidades.

Ao homologar o Termo de Acordo de Delação Premiada de Paulo Roberto Costa, o Relator Ministro Teori Zavaski, na Petição 5.209<sup>6</sup>, compreende que a vedação deste direito é inconstitucional:

A voluntariedade do acordo foi reafirmada pelo colaborador no elucidativo depoimento já mencionado, prestado judicialmente na presença e com a anuência de sua advogada, conforme demonstra a mídia juntada aos autos. À regularidade da documentação apresentada pelo Ministério Público se soma a legitimidade do procedimento adotado, com especial observância da Lei 12.850/2013. Quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, é certo que não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo. Sob esse aspecto, os termos acordados guardam harmonia, de um modo geral, com a Constituição e as leis, com exceção do compromisso assumido pelo colaborador, constante da Cláusula 12, segunda parte, da Cláusula 15, g e da Cláusula 17, parte final, exclusivamente no que possa ser interpretado como renúncia, de sua parte, ao pleno exercício, no futuro, do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição. Fica, portanto, excluída da homologação, que ora se formaliza, qualquer interpretação das cláusulas acima indicadas que possa resultar em limitação ao direito fundamental de acesso à Jurisdição.

Outro Direito Fundamental que é infringido pela colaboração premiada realizada na Operação Lava Jato é o princípio do contraditório e ampla defesa. Presentes no artigo

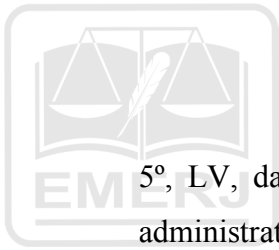
---

<sup>4</sup>CONJUR. *Termo de Acordo de Colaboração Premiada Paulo Roberto Costa*. Disponível em: <<https://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>> Acesso em: 26 set. 2019.

<sup>5</sup>BRASIL, opus citatum, nota 1.

<sup>6</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 5209*. Relator: Zavaski, Teori. Publicado no DJ de 6-03-2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/teori-homologa-delacao-paulo-roberto.pdf>> Acesso em: 18 out. 2019.





5º, LV, da Constituição Federal de 1988<sup>7</sup>, exterioriza que, em processo judicial ou administrativo, aos litigantes e acusados, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Alexandre Câmara<sup>8</sup> conceitua o princípio do contraditório como “garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo com a consequente possibilidade de manifestação sobre os mesmos”. Em seu argumento, prossegue:

Tal definição significa dizer que o processo – o qual deve, sob pena de não ser verdadeiro processo, se realizar em contraditório – exige que seus sujeitos tomem conhecimento de todos os fatos que venham a ocorrer durante seu curso, podendo ainda se manifestar sobre os acontecimentos.

Na colaboração premiada de Delcídio do Amaral está presente a cláusula 11<sup>a9</sup>, o qual versa sobre a defesa ter acesso aos depoimentos deste após a homologação do acordo, sendo perceptível a desarmonia com a Carta Magna:

Cláusula 11<sup>a</sup> - Os depoimentos colhidos serão registrados em duas vias, das quais não terá cópia o COLABORADOR ou a sua defesa técnica, resguardado o direito de receber, a cada depoimento, atestado de que prestou declarações em determinado dia e horário no interesse de determinada investigação. Realizada a homologação, o COLABORADOR ou a sua defesa técnica terão acesso a integralidade dos depoimentos por ele prestados, devendo guardar o sigilo sob o material, conforme previsto nas cláusulas de sigilo estabelecidas no presente acordo.

Destarte, constata-se a inconstitucionalidade na execução da cláusula na colaboração premiada, visto que o colaborador abdica desse direito para cooperar com a justiça. Contudo, interpreta-se também sobre a manutenção do sigilo de acordo, para não ter prejuízos no decorrer da investigação.

O princípio do contraditório e ampla defesa é imprescindível para o processo, posto que certifica que ambas as partes não se surpreendam com o resultado. O desfecho da ação deverá ser consequência da factual participação das partes, não solipsismo de uma delas.

O maior destaque é sobre a renúncia do direito ao silêncio e a garantia da não autoincriminação, infringindo o artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988<sup>10</sup>. Esses

---

<sup>7</sup>Ibidem.

<sup>8</sup>CÂMARA, Alexandre Freitas; *Lições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas S.A., 2014, p. 11.

<sup>9</sup>CONJUR. *Termo de Acordo de Colaboração Premiada Delcídio do Amaral*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/delacao-premiada-delcidio-amaral.pdf>> Acesso em: 26 set. 2019.

<sup>10</sup>BRASIL, opus citatum, nota 1.

direitos são assegurados em razão do Brasil ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica, cujo procura alicerçar entre os países signatários um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundamentado no respeito aos direitos humanos essenciais<sup>11</sup>.

A Convenção Americana de Direitos Humanos é respaldada na Declaração Universal de Direitos Humanos, que titula o ser humano como livre. Em sua redação, compõe-se 82 artigos designados aos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade pessoal e moral, e os institutos em evidência: o direito ao silêncio e a garantia de não autoincriminação.

Presente no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, o direito ao silêncio protege a autodefesa dos acusados, declarando que o preso será informado dos seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, assegurando a assistência da família e de advogado.

Esse direito também é postulado no artigo 186 do Código de Processo Penal<sup>12</sup>, o qual enuncia que, depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, antes de iniciar o interrogatório, o acusado será informado pelo juiz o seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

O direito à não autoincriminação é individual e fundamental, indispensável no Processo Penal, advindo do princípio *nemo tenetur se detegere*, o qual ampara que nenhum cidadão é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Esse direito também tem amparo com o princípio da presunção de inocência, uma vez que ninguém será culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988<sup>13</sup>.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, no *Habeas Corpus* nº 127.483 Paraná<sup>14</sup>, discursa sobre a matéria na colaboração premiada:

Por ser um direito fundamental constitucionalmente assegurado, seu exercício jamais poderá produzir qualquer efeito desfavorável ao imputado, razão por que não se limita à mera vedação a que, na valoração da prova, importe confissão ou seja interpretado em prejuízo da defesa (artigo 186 e seu parágrafo único, do Código de Processo Penal).

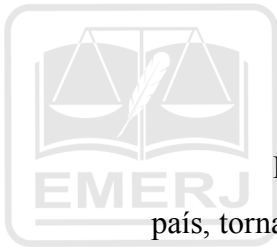
---

<sup>11</sup>OAS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 26 set. 2019.

<sup>12</sup>BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)> Acesso em: 26 set. 2019.

<sup>13</sup>BRASIL, opus citatum, nota 1.

<sup>14</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 127.483/Paraná. Relator: Dias Toffoli. Publicado no DJ de 26-08-2015 p. 34. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>> Acesso em: 26 set. 2019.



Portanto, o direito ao silêncio e a não autoincriminação, tendo força de lei no país, torna inconstitucional a renúncia do direito fundamental na colaboração premiada.

Após a celebração da delação, alguns direitos processuais do acusado são mitigados por renúncias voluntárias. Vladimir Aras<sup>15</sup> cita o direito ao silêncio, alegando a hipótese do colaborador concordar em cooperar com o Ministério Público, esperando a renúncia desse direito do acusado, sendo considerado incompatível com a colaboração conforme o artigo 4º, §14º, da Lei nº 12.850 de 2013<sup>16</sup>.

Ademais, Vladimir<sup>17</sup> argui a possibilidade do réu renunciar unilateral e voluntariamente as garantias processuais, mesmo sem acordo. No entanto, o colaborador poderá romper e exercer os direitos processuais, previsto no artigo 4º, §10º, da Lei nº 12.850 de 2013<sup>18</sup>, sem prejuízo da presunção de inocência do colaborador pelo motivo das provas autoincriminatórias produzidas não serem utilizadas contra esse, embora válidas.

Em contraste com o assunto anterior, há garantias que são irrenunciáveis. Aras<sup>19</sup> menciona o direito à vida e a integridade física, direito à assistência de advogado e o direito ao duplo grau de jurisdição e ao contraditório. A renúncia de quaisquer desses direitos citados é inconstitucional.

## 2. A PRISÃO PREVENTIVA ANTES DA CONDENAÇÃO NA OPERAÇÃO LAVA JATO

A prisão preventiva é definida por Renato Brasileiro<sup>20</sup> por ser uma espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo penal, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais, presente no artigo 313 do Código de Processo Penal<sup>21</sup>, e

---

<sup>15</sup>ARAS, Vladimir. *Sexta crítica*: direitos processuais do acusado são ilegalmente suprimidos nos acordos de colaboração premiada. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/13/sexta-critica-direitos-processuais-do-acusado-sao-ilegalmente-suprimidos-nos-acordos-de-colaboracao-premiada/>> Acesso em: 26 set. 2019.

<sup>16</sup>BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato\\_2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2011-2014/2013/lei/112850.htm)> Acesso em: 26 set. 2019.

<sup>17</sup>ARAS, opus citatum, nota 3.

<sup>18</sup>BRASIL, opus citatum, nota 16.

<sup>19</sup>ARAS, opus citatum, nota 3.

<sup>20</sup>LIMA, Renato Brasileiro de; *Manual de Processo Penal*: volume único. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 967.

<sup>21</sup>BRASIL, opus citatum, nota 12.



ocorrerem os motivos autorizadores listados no artigo 312 do Código de Processo Penal<sup>22</sup>, desde que revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão do artigo 319 do Código de Processo Penal<sup>23</sup>.

A redação do artigo 311 do Código de Processo Penal, em seu caput, vislumbra que a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase de investigação policial ou do processo criminal.

À luz do artigo 312 do Código de Processo Penal<sup>24</sup>, a prisão preventiva poderá ser aplicada como medida excepcional antes da condenação, não tendo como finalidade punição do suspeito, mas alternativa para a investigação ou para o processo – crime ocorrer sem interferências – dependendo se as referências da norma estejam configuradas nas hipóteses da Lei nº 7.960 de 1989<sup>25</sup>.

A Lei nº 7.960 de 1989 perdurou a prisão preventiva na fase pré-processual em relação aos delitos que não autorizam a decretação da prisão temporária, desde que preenchidos os requisitos do artigo 313 do Código de Processo Penal e certificada a impreterível necessidade.

Para decretar a prisão preventiva são necessários os requisitos como *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Presente na parte final do artigo 312 Código de Processo Penal<sup>26</sup>, o *fumus commissi delicti* é a presença de indícios de autoria e materialidade do crime, sendo indispensável que verifique se a conduta praticada foi típica, ilícita e culpável, indicando as provas do delito. O *periculum libertatis* está consolidado no mesmo artigo, como a garantia de ordem econômica, da aplicação da lei penal, garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal.

A garantia da ordem econômica tem por objetivo preservar a sociedade da reiteração de crimes em razão da periculosidade do agente. A garantia da ordem econômica visa resguardar o risco de reiteração delituosa em relação a infrações penais que desestruture o livre exercício de qualquer atividade econômica. Em virtude da garantia de aplicação da lei penal, será estipulada a prisão preventiva quando o agente expor que tem a intenção de fugir, impossibilitando a futura execução da pena. E, por

---

<sup>22</sup>Ibidem.

<sup>23</sup>Ibidem.

<sup>24</sup>Ibidem.

<sup>25</sup>NUCCI, Guilherme. *Prisão provisória e delação premiada*: compatíveis. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/prisao-provisoria-e-delacao-premiada-compativeis>> Acesso em: 26 out. 2019.

<sup>26</sup>BRASIL, opus citatum, nota 12.



fim, a conveniência da instrução criminal visa obstar que o agente importune ou fruste a produção de provas<sup>27</sup>.

Logo, a premissa do *fumus commissi delicti e periculum libertatis* afasta a aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal<sup>28</sup> nos casos da Operação Lava Jato, posto que são fundamentais para expedir a prisão preventiva.

A prisão preventiva do colaborador é um assunto questionado, visto que os acordos de colaboração são requeridos quando o colaborador é preso. Vladimir Aras<sup>29</sup> concebe a negociação do instituto com suspeitos presos ou soltos. A prisão preventiva deve ser sempre o resultado da presença dos requisitos estabelecidos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal<sup>30</sup>, não sendo forma de forçar o acusado.

O Ministro Teori Zavascki, no *Habeas Corpus* nº 127.186/PR<sup>31</sup>, sustenta que a prisão preventiva deverá conduzir materialidade, indício de autoria e outros fundamentos, conforme elencado no artigo 312 do Código de Processo Penal<sup>32</sup>, bem como salienta que o encarceramento deveria ser eficiente para afastar o risco:

A segunda premissa importante é a de que, a teor do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pressupõe, sim, prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria; todavia, por mais grave que seja o ilícito apurado e por mais robusta que seja a prova de autoria, esses pressupostos, por si sós, são insuficientes para justificar o encarceramento preventivo. A eles deverá vir agregado, necessariamente, pelo menos mais um dos seguintes fundamentos, indicativos da razão determinante da medida cautelar: (a) a garantia da ordem pública, (b) a garantia da ordem econômica, (c) a conveniência da instrução criminal ou (d) a segurança da aplicação da lei penal. O devido processo penal, convém realçar, obedece a fórmulas que propiciam tempos próprios para cada decisão. O da prisão preventiva não é o momento de formular juízos condenatórios.

Em sua decisão<sup>33</sup>, o Ministro elenca uma terceira premissa, a de que em qualquer dessas situações, além de demonstrar circunstâncias concretas e objetivas que indiquem estar em risco a preservação dos valores jurídicos protegidos pelo artigo 312 do Código

<sup>27</sup>LIMA, opus citatum, nota 20.

<sup>28</sup>BRASIL, opus citatum, nota 12.

<sup>29</sup>ARAS, Vladimir. *Sétima crítica: a prisão preventiva do colaborador é usada para extorquir acordos de colaboração premiada*. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/13/setima-critica-a-prisao-preventiva-do-colaborador-e-usada-para-extorquir-acordos-de-colaboracao-premiada/>> Acesso em: 24 out. 2019.

<sup>30</sup>BRASIL, opus citatum, nota 12.

<sup>31</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 127.186/PR. Relator: Zavascki, Teori. Publicado no DJ de 27-08-2015 p. 18. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC127186voto.pdf>> Acesso em: 20 out. 2019.

<sup>32</sup>BRASIL, opus citatum, nota 12.

<sup>33</sup>BRASIL, opus citatum, nota 29.

de Processo Penal<sup>34</sup>, seria indispensável ficar evidenciado o encarceramento do acusado ser o único método eficaz para afastar o risco.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal<sup>35</sup> declara a prisão preventiva ilegal, como instrumento de obter um acordo de colaboração premiada, uma vez que infringe os requisitos da norma disposta no artigo 4º da Lei nº 12.850 de 2013<sup>36</sup>, considerando-a medievalesca:

Esses corréus - com situação processual significativamente assemelhada à do ora paciente, tanto que foram denunciados conjuntamente na mesma ação penal -, após firmarem acordo de colaboração premiada, tiveram a prisão preventiva substituída por outras medidas cautelares. Tendo sido eficaz, nesses casos, a substituição da prisão preventiva por medidas alternativas, não há razão jurídica justificável para negar igual tratamento ao ora paciente. É certo que não consta ter o paciente se disposto a realizar colaboração premiada, como ocorreu em relação aos outros. Todavia, essa circunstância é aqui absolutamente irrelevante, até porque seria extrema arbitrariedade – que certamente passou longe da cogitação do juiz de primeiro grau e dos Tribunais que examinaram o presente caso, o TRF da 4ª Região e o Superior Tribunal de Justiça – manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a Lei, deve ser voluntária (Lei 12.850/13, art. 4º, *caput* e § 6º). Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada.

Aras<sup>37</sup> cita a Convenção Americana de Direitos Humanos, especificamente o artigo 8º, §3º, “a confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma espécie”, isto é, no âmbito da prisão preventiva, como forma de pressionar o investigado a colaborar, seria ilegal.

Quando não existir motivos legais para a decretação temporária ou preventiva da prisão, Guilherme Nucci<sup>38</sup> defende não caber a determinação com intuito de obter uma colaboração premiada. O autor interpreta que a utilização da norma antes da pena é uma exceção perante o princípio da presunção de inocência. Contudo, uma prisão para pressionar um acusado de realizar uma colaboração irá contra os requisitos legais previstos nos artigos que elencam o instituto, sem viés para isto ocorrer.

---

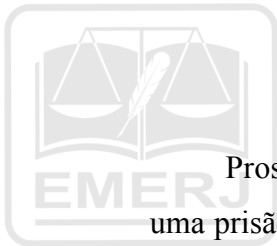
<sup>34</sup>BRASIL, opus citatum, nota 12.

<sup>35</sup>BRASIL, opus citatum, nota 29.

<sup>36</sup>BRASIL, opus citatum, nota 16.

<sup>37</sup>ARAS, opus citatum, nota 15.

<sup>38</sup>NUCCI, Guilherme. *Prisão provisória e delação premiada: compatíveis*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/prisao-provisoria-e-delacao-premiada-compativeis>> Acesso em: 26 out. 2019.



Prosseguindo em seu argumento, Nucci<sup>39</sup> considera desvio de finalidade suceder uma prisão preventiva com essa finalidade, acusando ser abuso de autoridade e que seus respectivos mandantes devem ser punidos. Ao comentar sobre as Operações da Polícia Federal, atina que os detidos cautelarmente tinham desígnio de “causar incomodo ao preso e, conseqüentemente, incentivar a delação premiada”.

Portanto, a prisão preventiva é um meio para alcançar a colaboração premiada sugerida pela acusação, utilizando institutos legais e aplicando-os de forma ilegal, tornando a conduta inconstitucional, por ir contra ao Ordenamento Jurídico Brasileiro.

### 3. DA INICIATIVA DO DELEGADO DE POLÍCIA NOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

A redação do artigo 4º, §2º, §4º e §6º, da Lei nº 12.850 de 2013, a qual traz o Delegado de Polícia, fora questionada por doutrinadores e juristas. Esta dispõe:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I – não for o líder da organização criminosa;

II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

(...)

§6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Cezar Bitencourt e Paulo Busato<sup>40</sup> citam a posição de inconstitucionalidade no artigo 4º, §6º, da Lei nº 12.850 de 2013<sup>41</sup>, visto que a colaboração premiada é um meio de prova processual, convertendo o Delegado de Polícia em sujeito processual. O

<sup>39</sup>Ibidem.

<sup>40</sup>BITENCOURT, Cezar; BUSATO, Paulo. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo, Saraiva, 2014. p. 123.

<sup>41</sup>BRASIL, opus citatum, nota 16.

anteprojeto de Lei, o qual respeitava a Carta Magna, teria a possibilidade de acordo entre o Ministério Público e a defesa, unicamente, por constituírem as partes do processo, visto que a titularidade seria exclusiva da ação penal pública pelo Ministério Público, sendo considerado a flagrante inconstitucionalidade do dispositivo legal.

Na mesma linha de pensamento, Vladimir Aras<sup>42</sup> se refere a inconstitucionalidade do artigo 4º, §2º, da Lei nº 12.850 de 2013<sup>43</sup> como excêntrico. O raciocínio se baseia por permitir ao Delegado de Polícia, igualmente ao Ministério Público, de requerer a concessão do perdão judicial ao colaborador. Esse prêmio é causa extintiva da punibilidade exclusivamente reconhecida pelo juiz após propositura da ação penal, comprovando a teoria, por esse não ser parte no processo:

Evidentemente, estes trechos dos referidos parágrafos do artigo 4º da Lei 12.850/2013 são inconstitucionais, por ofensa direta ao princípio acusatório, ao contraditório e ao artigo 129, inciso I, da CF, pois é o Ministério Público que detém a titularidade privativa para a propositura de ações penais, não podendo a Polícia negociar a persecução criminal contra o interesse jurídico ou a estratégia processual do titular da ação penal.

Contudo, não significa que a Polícia estará impedida de propor a um investigado que colabore com a justiça, porém, deverá ser mediante posterior provocação do Ministério Público, posto que a função se encerra com a conclusão da investigação criminal.

Infere-se que a proposta da autoridade policial tem a incumbência de ser submetida ao Ministério Público, o qual anexará em juízo<sup>44</sup>. Vladimir Aras<sup>45</sup> finaliza o raciocínio articulando que a formalização de um acordo possa ser promovida pela Polícia, a negociação da resposta penal e dos benefícios legais correspondentes, a execução do acordo em juízo tem caráter processual – não pré-processual – referindo a um assunto *inter partes* e, portanto, é considerado matéria divergente à atividade policial.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.508, julgada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>46</sup>, que perfez o entendimento de improcedência do pedido formulado em Ação

---

<sup>42</sup>ARAS, Vladimir. *Sobre a capacidade de negociar e propor acordos de colaboração premiada em juízo*. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/12/sobre-a-capacidade-de-negociar-e-propor-acordos-de-colaboracao-premiada-em-juizo/>> Acesso em: 29 out. 2019.

<sup>43</sup>BRASIL, opus citatum, nota 16.

<sup>44</sup>ARAS, opus citatum, nota 35.

<sup>45</sup>Ibidem.

<sup>46</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5508*. Relator: Marco Aurélio. Publicado no DJ de 4-09-2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo907.htm>> Acesso em: 27 set. 2019.





Direta de Constitucionalidade dos §2º e §6º, do artigo 4º, da Lei nº 12.850 de 2013<sup>47</sup>, a qual impugnava as expressões “e o Delegado de Polícia, nos autos do inquérito policial, com manifestação do Ministério Público” e “entre o Delegado de Polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou conforme o caso”, certificava ao Chefe da Polícia Judiciária legitimidade para conduzir e firmar acordos de colaboração premiada.

O Tribunal, por maioria, precedeu o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator do julgamento, na perspectiva de que o Delegado pode formalizar acordos de colaboração premiada na fase de inquérito policial, consagradas as prerrogativas do Ministério Público, o qual deverá se manifestar, sem caráter vinculante, preliminarmente à decisão judicial.

Discorre o artigo 4º, §2º, da Lei nº 12.850 de 2013<sup>48</sup> sobre a atribuição a autoridade policial, no decorrer das investigações, meramente no curso do inquérito policial, a faculdade de representar ao juiz, ouvido pelo Ministério Público, pela concessão de perdão judicial ao colaborador – mesmo que o benefício não esteja previsto na proposta inicial – justapondo o artigo 28 do Código de Processo Penal<sup>49</sup>.

No que tange à representação pelo perdão judicial, os Ministros interpretaram que o Delegado de Polícia não é causa impeditiva do oferecimento da denúncia pelo órgão acusador, se for perante colaboração premiada e ouvido o Ministério Público.

Quanto ao §6º do artigo 4º, da Lei nº 12.850 de 2013<sup>50</sup>, ratificou que o ato normativo não afasta a participação do Ministério Público no acordo de colaboração premiada, ainda que ocorra entre o Delegado, o investigado e o Defensor, logo, não desrespeita à titularidade da ação penal.

Entretanto, a legitimidade do Chefe da Polícia Judiciária para realizar os acordos de colaboração premiada desburocratiza o instituto, sem ofensa a regras atinentes ao Direito, posto que as tratativas são submetidas à apreciação do Ministério Público e à homologação pelo Judiciário.

Os textos impugnados versam regras explícitas sobre a legitimidade do Delegado de Polícia na realização de acordos de colaboração premiada, na fase de investigações e no curso do inquérito policial, como possibilidade de utilização do

---

<sup>47</sup>BRASIL, opus citatum, nota 16.

<sup>48</sup>Ibidem.

<sup>49</sup>BRASIL, opus citatum, nota 12.

<sup>50</sup>BRASIL, opus citatum, nota 16.

instrumento pela autoridade policial.

É estipulado a manifestação do Ministério Público em todos os acordos no âmbito da polícia judiciária, asseverando-se o devido controle externo da atividade policial já ocorrida, bem como adoção de providências e objeções. As normas legais apresentam-se conforme as disposições constitucionais associadas as polícias, como as atribuições conferidas aos Delegados de Polícia. Contudo, a perspectiva de aglutinar o poder aos Chefes da Polícia, vai contra a Lei nº 12.850 de 2013.

Rodrigo Janot, Procurador-Geral da República de 2013 a 2017, impetrou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 87.277 de 2016<sup>51</sup> que impugnou trechos da Lei nº 12.850 de 2013, atribuindo a Delegados de Polícia iniciativa dos acordos de colaboração premiada, justificando a violação do devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV do Texto Magno<sup>52</sup>, o princípio da moralidade conforme o artigo 37, caput da Lei Maior<sup>53</sup>, o princípio acusatório, a titularidade da ação penal pública conferida ao Ministério Público no artigo 129, I, do Texto Constitucional de 1988<sup>54</sup>, a exclusividade do exercício de funções do Ministério Público por membros legalmente investidos na carreira no artigo 129, §2º, primeira parte, da Carta Magna<sup>55</sup> e a função constitucional da polícia, como órgão de segurança pública prevista no artigo 144, §1º e 4º, da Constituição da República<sup>56</sup>.

A supremacia do interesse público coordena que o debate constitucional não se direcione por interesses corporativos, mas conduzindo argumentos normativos no desempenho das instituições no combate à criminalidade<sup>57</sup>. É axiomático a cooperação entre órgãos de investigação e de persecução penal no processo de colaboração premiada.

---

<sup>51</sup>BRASIL. Procuradoria Geral da República. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 87.277/2016*. Impetrante: JANOT, Rodrigo. Publicado no DJ de 28 - 04 - 2016 p. 4. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/wp-content/uploads/2017/07/PGR-delacao-PF.pdf>> Acesso em: 14/05/2017.

<sup>52</sup>BRASIL, opus citatum, nota 1.

<sup>53</sup>Ibidem.

<sup>54</sup>Ibidem.

<sup>55</sup>Ibidem.

<sup>56</sup>Ibidem.

<sup>57</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5508*. Relator: Marco Aurélio. Publicado no DJ de 4-09-2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo907.htm>> Acesso em: 27 set. 2019.

Historicamente, a colaboração premiada é um instituto utilizado pelo homem. Perceptível ao longo dos séculos, a norma fora aplicada em fatos históricos como os crimes de “Lesma Magestade”, executada na Conjuração Mineira, na Operação Mãos Limpas – com o escopo de combater a Máfia – e nos Estados Unidos, conhecida como *plea bargaining*, consistindo as duas últimas influenciadoras para a exportação do instituto no atual Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Perante o exposto, presume-se a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova, dessemelhante ao denominá-la como prova, devido a sua finalidade seria para consecução na identificação e desdobramentos dos ilícitos praticados pela organização criminosa.

O Brasil é signatário da Convenção de Palermo, a qual rege sobre a colaboração premiada, pois fora reconhecimento por parte dos Estados – Membros da gravidade do crime organizado que se comprometeram a adotar medidas para combater o crime.

Recentemente, muito se tem discutido acerca da inoperância do Estado no combate à criminalidade, compreendendo que a colaboração premiada é a confessa falência do Estado para combater a criminalidade organizada, produto da omissão dos governantes.

Referir a falência do Estado no combate contra a criminalidade é contraditório ao Tratado Internacional, porquanto é signatário, tem como obrigação cumpri-los e sua falência seria pautada caso não aderisse as medidas expostas, como também não defender os direitos da sociedade violados por criminosos.

A imprescindibilidade de combater o crime organizado foi verificada a necessidade de um instrumento normativo para alcançar infrações futuras e/ou consumadas. Logo, a colaboração premiada fora introduzida no Brasil com a pretensão de reprimir e punir os crimes derivados da organização criminosa.

A colaboração premiada é visivelmente perceptível e aplicada na Operação Lava Jato. As informações concedidas no acordo valem-se para alcançar delitos futuros e/ou consumados.

Sobre a inconstitucionalidade da colaboração premiada, corroborou-se que a norma é legal em virtude de estar há mais de duas décadas na Legislação Brasileira, e com a criação da Lei nº 12.850 de 2013, através do procedimento positivado, visto que o Brasil também é signatário de Tratados Internacionais sobre matéria em questão.

Entretanto, diante da conjuntura averiguada, assevera-se a violação de normas no caso como o direito ao silêncio e garantia da autoincriminação, o direito de ação, os princípios da ampla defesa e contraditório, a prisão cautelar e a atribuição conferida aos Delegados de Polícia de iniciar acordos de colaboração, constatado a inconstitucionalidade da aplicação da norma no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

É evidente a ultimação da constitucionalidade da colaboração premiada na repressão e punição dos crimes na Operação Lava Jato, porém, com algumas ressalvas.

O instituto é primordial para o Estado combater a organização criminosa, em razão da dificuldade em auferir provas dos crimes consumados ou a objeção de novas autorias. Todavia, é fundamental a correção das violações na maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que se sucedeu no país, com propósito de melhor adequá-la e ser utilizada posteriormente, almejando obter justiça em conformidade com as leis do país.

## REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. *Sexta crítica*: direitos processuais do acusado são ilegalmente suprimidos nos acordos de colaboração premiada. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/13/sexta-critica-direitos-processuais-do-acusado-sao-ilegalmente-suprimidos-nos-acordos-de-colaboracao-premiada/>> Acesso em: 22 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Sétima crítica*: a prisão preventiva do colaborador é usada para extorquir acordos de colaboração premiada. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/13/setima-critica-a-prisao-preventiva-do-colaborador-e-usada-para-extorquir-acordos-de-colaboracao-premiada/>> Acesso em: 24 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Sobre a capacidade de negociar e propor acordos de colaboração premiada em juízo*. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/12/sobre-a-capacidade-de-negociar-e-propor-acordos-de-colaboracao-premiada-em-juizo/>> Acesso em: 29 out. 2019.

BITENCOURT, Cezar; BUSATO, Paulo. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)> Acesso em: 26 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal de 1988*. Brasília, 05 de janeiro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 set. 2019.



\_\_\_\_\_. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 26 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 26 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5508*. Relator: Marco Aurélio. Publicado no DJ de 4-09-2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo907.htm>> Acesso em: 27 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Procuradoria Geral da República. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 87.277/2016*. Impetrante: JANOT, Rodrigo. Publicado no DJ de 28 - 04 - 2016. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/wp-content/uploads/2017/07/PGR-delacao-PF.pdf>> Acesso em: 14/05/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 127.186/PR*. Relator: Zavascki, Teori. Publicado no DJ de 27-08-2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC127186voto.pdf>> Acesso em: 20 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 127.483/PR*. Relator: Dias Toffoli. Publicado no DJ de 26-08-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>> Acesso em: 26 set. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas; *Lições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

CONJUR. *Termo de Acordo de Colaboração Premiada Delcídio do Amaral*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/delacao-premiada-delcidio-amaral.pdf>> Acesso em: 26 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Termo de Acordo de Colaboração Premiada Paulo Roberto Costa*. Disponível em: <<https://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>> Acesso em: 26 set. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de; *Manual de Processo Penal*: volume único. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

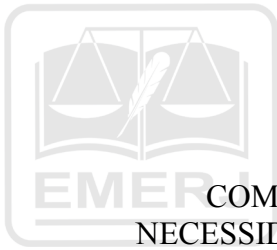
NUCCI, Guilherme. *Prisão provisória e delação premiada*: compatíveis. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/prisao-provisoria-e-delacao-premiada-compativeis>> Acesso em: 26 out. 2019.

RODAS, Sérgio. *Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais*. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>> Acesso em: 20 set. 2019.

VOLTAR AO SUMÁRIO 



UNIÃO ÍBERICA. *Ordenações Filipinas*. 1595. Disponível:  
<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>> Acesso em: 2 out. 2019.



## COMBATE À VIOLÊNCIA NO CONTEXTO ATUAL DO RIO DE JANEIRO: NECESSIDADE DE MITIGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONAIS EM PROL DA COLETIVIDADE

Nathália Caroline Lisboa da Silva

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogada. Pós-graduanda em Direito público e  
Privado pela Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

**Resumo** – o atual cenário da segurança pública no Estado do Rio de Janeiro, especialmente na sua capital, demonstra a necessidade de uma intervenção mais eficaz da polícia militar a fim de combater a criminalidade já enraizada. Contudo, a observância máxima dos direitos e garantias constitucionais, como dos Direitos Humanos, deixam a força policial mais ineficiente. Por essa razão, se faz necessário mitigar a aplicação desses direitos em relação à minoria que se dedica a praticar condutas ilícitas para que a maioria possa ter seus direitos salvaguardados, por meio de mecanismos autorizadores, de forma a respeitar os princípios norteadores da Administração Pública.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direitos Humanos. Segurança pública. Combate à criminalidade no Rio de Janeiro. Mitigação dos direitos constitucionais.

**Sumário** – Introdução. 1. Objetivo principal dos direitos humanos e como se deu sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Função da polícia no Estado e sua atuação no atual cenário de combate à violência no Rio de Janeiro. 3. Necessidade de mitigação de direitos humanos e constitucionais em prol da coletividade e em detrimento da criminalidade na cidade do Rio de Janeiro. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o combate à violência no contexto atual do Rio de Janeiro, observando a necessidade de mitigação dos Direitos Humanos e constitucionais em prol da coletividade. Assim, o que se busca é demonstrar que, em razão da violência enraizada neste Estado, deve-se mitigar garantias fundamentais de certa minoria em detrimento da sociedade em geral, garantindo, pois, maior efetividade nesse combate.

Em que pese a importância indiscutível dos Direitos Humanos e constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que surgem com o objetivo de concretizar a



dignidade da pessoa humana, bem como o Brasil é signatário do Pacto San José da Costa Rica, há necessidade de que tais conceitos sejam revisados diante da política de segurança pública, em especial do Estado do Rio de Janeiro.

O objetivo primordial da polícia atualmente é o combate à criminalidade, tendo um papel ostensivo, buscando trazer maior segurança à população. Entretanto, o atual contexto de violência que abrange o Estado do Rio de Janeiro faz surgir limitações à atuação policial em toda região, principalmente nas comunidades comandadas pelo tráfico ilícito de entorpecentes.

Ocorre que, para que a política de segurança pública tenha resultados positivos e eficazes em razão das atuações policiais em operações, principalmente, estas devem se dar com maior suporte de inteligência e, ao mesmo tempo, repelir as injustas agressões que sofrerem daqueles que se destinam à prática criminosa.

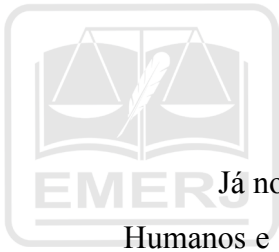
Assim, a mitigação dos Direitos Humanos e constitucionais em face da minoria que se destinou à criminalidade deve ser observada, haja vista que a vida dos policiais deve ser preservada, como a da população como um todo. Por essa razão, a revisão desses direitos em relação àqueles que praticam crimes efetivará, de forma reflexa, o direito da coletividade em ter segurança, liberdade de locomoção, satisfazendo a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, para que o trabalho da polícia seja eficaz, além da necessidade de utilização de mais inteligência em suas operações, também deve ter o direito de realizar mitigações nos direitos supracitados a fim de que a população seja possibilitada de usar seus direitos de forma o mais plena possível. Logo, para que isso seja possível, os policiais devem ser autorizados por lei e por seu superior hierárquico a realizar condutas que excepcionem direitos, não sendo um ato arbitrário, mas sim discricionário, no qual o administrador irá valorar sua atuação.

O primeiro capítulo do referido artigo abordará um breve histórico dos Direitos Humanos, analisando o contexto que se deu sua propagação mundial e, principalmente, sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, demonstrará o seu objetivo primordial e eficácia perante o sistema que operava anteriormente no Brasil.

No segundo capítulo, será discutida a atuação policial na cidade do Rio de Janeiro e o cenário da segurança pública no atual cenário, inserindo a problemática vivenciada pelos profissionais desse setor de suma importância para combater com mais eficiência o crime naquela região.





Já no terceiro capítulo da pesquisa versa sobre a necessidade de mitigação dos Direitos Humanos e constitucionais da minoria criminosa em prol da coletividade, a fim de que sejam resguardados os direitos destes em detrimento daqueles. Para isso, os policiais hão de se valer de atos discricionários, verificando a conveniência e oportunidade, a fim de evitar arbitrariedades pela Administração Pública, seguindo os ditames estabelecidos pelo artigo 37 da Constituição da República.

Diante do tema escolhido, é preciso estabelecer discussões acerca da sua relevância no atual cenário em que cidadãos da cidade do Rio de Janeiro vivem, uma vez que as políticas de segurança pública já adotadas não apresentaram mudanças significativas para diminuição da violência na cidade, devendo-se adotar uma medida mais extrema, porém eficaz. Logo, por meio de abordagens qualitativas é possível chegar a esse objetivo, demonstrando à comunidade científica o conteúdo jurídico-relevante.

A partir disso, o presente trabalho será abordado por meio bibliográfico, uma vez que o pesquisador vai se valer de textos de diversos autores pertinentes ao tema selecionado, como do acervo legislativo, citando artigos da Constituição Federal e outras leis vigentes no ordenamento jurídico pátrio que tenham relevância com o tema ora escolhido.

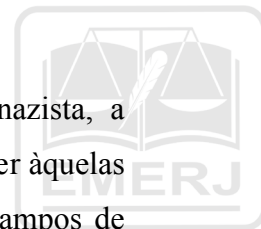
## 1. OBJETIVO PRINCIPAL DOS DIREITOS HUMANOS E COMO SE DEU SUA INSERÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Pode-se afirmar que a origem da necessidade de proteção dos direitos dos seres humanos vem de séculos atrás, demonstrando a importância de concretização desses direitos em prol do cidadão e da coletividade. Contudo, apesar de já se vislumbrar essa necessidade, o mundo somente consolidou esse entendimento após a Segunda Guerra Mundial, com a consequente criação das Organização das Nações Unidas (ONU). Pode-se citar:

Os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos, que é o direito pós-guerra, nascido como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo. O Direito Internacional dos Direitos Humanos surge, assim, em meados do século XX, em decorrência da 2ª Guerra Mundial e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse (...).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> CONJUR. *A hierarquia legal dos tratados internacionais sobre direitos humanos*. Disponível em:



Com os ataques à humanidade propagados pela política na Alemanha nazista, a comunidade internacional viu a necessidade de realizar um meio eficaz para combater àquelas violações contra os seres humanos realizadas pelos Estados<sup>2</sup>, como ocorreu nos campos de concentração nazistas, que acarretou o holocausto. Assim, após o fim da guerra, em 1945, com a derrota do Governo de Hitler, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU) para promover a cooperação internacional e tem como objetivo garantir segurança e a paz mundial, promovendo os direitos da pessoa humana. Corroborando com essa tese, temos que:

Cabe lembrar que a dignidade humana, o conteúdo de dignidade e os direitos à liberdade e igualdade constituem uma das bases sólidas do Estado Democrático e Social de Direito. O triste episódio do Holocausto em muito contribuiu para a materialização dos direitos fundamentais em várias constituições pelo mundo. São normas dotadas de inalterabilidade. A cultura destes direitos fundamentais está intimamente relacionada com o Holocausto principalmente na formatação de políticas e princípios de estrita observância e respeito às diversidades culturais, políticas, religiosas e étnicas mundiais.<sup>3</sup>

A partir de então, como a comunidade internacional se mostrava preocupada com a proteção dos direitos humanos sob a ótica internacional, a fim de que os Estados tivessem suas ações controladas por regras internacionais, justamente para não repetir os horrores da Segunda Guerra Mundial<sup>4</sup>. Desse modo, para que fosse possível tal ideologia, as Nações Unidas formalizaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, sendo este o mecanismo utilizado pelos Estados para concretizar os direitos dos seres humanos em âmbito internacional.

Portanto, pode-se observar que a Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos são os eixos primordiais na defesa e proteção dos direitos humanos<sup>5</sup>, bem como ao combate às suas violações, tomando, pois, forma diante da comunidade internacional, concretizando a proteção de todo um povo:

Os sistemas jurídicos nacionais democráticos seguem as orientações de regulamentos que visam a sedimentar nas legislações locais os princípios do

---

< <https://www.conjur.com.br/2009-set-18/convencao-direitos-pessoas-deficiencia-status-ec> > Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>2</sup> BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos Humanos*. São Paulo: JusPODIVM, 2018, p. 106.

<sup>3</sup> CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Holocausto e Direitos humanos*. Disponível em: <<https://canalcienciascrimnais.com.br/holocausto-e-direitos-humanos/>> Acesso em: 10 jun. 2020.

<sup>4</sup> MEU SITE JURÍDICO. *A Segunda Guerra Mundial e os reflexos nos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/01/16/segunda-guerra-mundial-e-o-reflexo-nos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 01 out. 2019.

<sup>5</sup> JUS.COM.BR. *Direitos Humanos e a Segurança Pública no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68749/direitos-humanos-e-a-seguranca-publica-no-brasil>>. Acesso em: 01 out. 2019.



máximo respeito à liberdade e à discriminação ao próximo (Pacto Internacional sobre Direitos Civis, o Pacto de San José da Costa Rica, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e Convenção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, entre tantos outros).<sup>6</sup>

Diante do cenário mundial, o Brasil, como grande parte dos Estados Federativos pelo mundo, ratificou o Tratado Internacional dos Direitos Humanos, assumindo o compromisso perante a comunidade internacional de introduzir, zelar e respeitar esses direitos. Ocorre que, com a imposição do Regime Militar, em 1964, os Direitos Humanos ficaram sobrestados, sendo o Estado brasileiro naquele momento um regime autoritário, ocorrendo diversas violações dos direitos dos cidadãos.

A sociedade brasileira durante todo o período do Regime Militar, com o Estado autoritário, em que os cidadãos passaram por momentos de arbitrariedades do Estado, eis que haviam casos de censura e torturas perpetuados no seio do Governo. Desse modo, não havia naquela época a possibilidade de discutir judicialmente tais medidas adotadas pelo Estado, não tendo a população o respaldo da lei a seu favor.<sup>7</sup>

Assim, em 1985, com o fim do Regime Militar brasileiro, o país sentiu a necessidade de redemocratização do país, sendo apenas possível com a promulgação de uma nova Constituição da República, com o viés democrático e social, por meio do Poder Constituinte originário, cujos poderes são incondicionais e ilimitados, isto é, não estão vinculados ao direito anterior.

Por essa razão, com todo clamor da população naquele momento, a atual Carta Magna rompeu totalmente com o regime autoritário, aderindo ao protagonismo dos Direitos Humanos como escudo face às arbitrariedades estatais<sup>8</sup>, fazendo surgir os chamados “Direitos Humanos Fundamentais”, praticamente todos expostos no rol do seu artigo 5º. Isso significou um grande avanço humanitário para comunidade brasileira à época.

Dessa forma, a República do Brasil rege sua política internacional, dentre outros princípios, o da prevalência dos Direitos Humanos, conforme dispõe o artigo 4º, inciso II da Constituição da República<sup>9</sup>. A partir de tal disposição e com base na importância dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,

<sup>6</sup> CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS, op. cit., nota 2.

<sup>7</sup> INFO ESCOLA. *Violações aos Direitos Humanos na Ditadura Militar*. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/violacoes-aos-direitos-humanos-na-ditadura-militar/>> Acesso em: 10 jun. 2020.

<sup>8</sup> BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos Humanos*. São Paulo: JusPODIVM, 2018, p. 156-157.

<sup>9</sup> BRASIL, *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição.htm)>. Acesso em: 06 out. 2019.

no Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, firmou entendimento<sup>10</sup> no sentido de que as convenções e tratados internacionais que versam sobre o tema devem ser internalizados com *status* de normas constitucionais, estando acima das demais leis.

Por esses motivos, alguns doutrinadores, como Guilherme Nucci, dividem os Direitos Humanos no ordenamento jurídico pátrio como: implícitos e explícitos<sup>11</sup>. Assim, com base no primeiro, sendo aqueles que não foram internalizados seguindo a formalidade prevista na Carta Magna, mas sim de forma implícita por estarem previstas em tratados ou convenções internacionais que abordam Direitos Humanos firmadas pelo Brasil.

Já em relação ao segundo, trata-se dos textos internacionais de convenções ou tratados que, após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, são aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, sendo equivalentes às emendas constitucionais, possuindo, pois, *status* explícito, com base no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição da República.

Em razão de toda a importância e relevância sobre o tema ora abordado, em que pesem os diversos objetivos que podem ser extraídos, pode-se citar como o primordial deles a proteção da Dignidade da Pessoa Humana, em sentido amplo, sendo este um dos pilares e fundamentos trazidos pela reforma democrática de 1988, expressamente previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição da República<sup>12</sup>.

Os direitos humanos fundamentais surgem com o intuito de evitar a discricionariedade do Estado face à aplicação de medidas, devendo ser respeitados e observados os Direitos Humanos Fundamentais, que estão praticamente expostos no bojo da Constituição da República. Assim sendo, há a imposição de limitação à atuação estatal, não podendo se dar de forma absoluta.

Desse modo, esses direitos cumprem duas funções precípuas, que se dá sob uma dupla perspectiva, quais sejam, no plano jurídico-objetivo e no plano jurídico-subjetivo. Assim, segundo Canotilho<sup>13</sup>:

[...] a função dos direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.343-SP*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>11</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos Humanos versus Segurança Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 17.

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. Teoria Geral. In: \_\_\_\_\_ *Direitos Humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 2-3.

<sup>13</sup> CANOTILHO apud *ibid.*, p. 2.



poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) [...]

Sob esse prisma, a atual Constituição da República, por ser um texto com caráter social e democrático, eis que trouxe de volta a democracia ao país, bem como introduziu a importância da vigilância e observância dos Direitos Humanos Fundamentais e o seu princípio e pilar fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, surgiu o princípio chamado “vedação ao retrocesso” ou “proibição de retrocesso”<sup>14</sup>.

De acordo com tal princípio, o Brasil, como se comprometeu diante das relações internacionais, a observar, implementar e proteger os Direitos Humanos, introduzindo normas dessa espécie no ordenamento jurídico interno, não poderá abolir, diminuir ou restringir esses direitos. Dessa maneira, a base desse princípio é justamente evitar que Governos com ideologias diferentes tenham a vontade de realizar algum ato para atentar contra os Direitos Humanos Fundamentais. Em razão disso, há a introdução das cláusulas pétreas no bojo da Constituição da República, que proíbe qualquer tipo de reforma que diminua, extinga ou alterar de forma depreciativa o rol dos direitos e garantias fundamentais.

## 2. FUNÇÃO DA POLÍCIA NO ESTADO E SUA ATUAÇÃO NO ATUAL CENÁRIO DE COMBATE À VIOLÊNCIA NO RIO DE JANEIRO

A função da polícia se baseia em uma prerrogativa de direito público chamado Poder de Polícia, que visa a supremacia do interesse público em oposição ao interesse particular. O conceito clássico dessa prerrogativa é firmado por Marcelo Caetano, que discorre que o poder de polícia:

É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura intervir.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> DIREITO NET. *Direitos sociais frente ao princípio da proibição ao retrocesso social*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6963/Direitos-sociais-frente-ao-Principio-da-Proibicao-do-Retrocesso-Social>> Acesso em: 04 out. 2019.

<sup>15</sup> CAETANO apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Poder de polícia*. In: \_\_\_\_\_ *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 78-79.

A partir do conceito trazido pela doutrina pátria, o legislador o positivou na norma, especificadamente no *caput* do artigo 78 do Código Tributário Nacional, que dispõe:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966)<sup>16</sup>

O Poder de Polícia, portanto, é um poder concedido para administração pública baseado na lei e na supremacia geral, cuja competência varia de acordo com o ente federativo que o exerce, em virtude da observância do interesse público para fins de ordem social e econômica.

Desse modo, a doutrina<sup>17</sup> subdivide o Poder de Polícia em: poder de polícia administrativa e poder de polícia judiciária. A diferença entre ambas se dá no âmbito de sua aplicabilidade, isto é, a polícia administrativa atua na prevenção de infrações, possuindo função ostensiva, enquanto a polícia judiciária atua de forma repressiva, ou seja, quando já ouve o cometimento da infração, possuindo, portanto, função investigativa.

Assim, as funções de ambas polícias estão previstas no texto constitucional, sendo alocados pelo legislador constituinte como órgãos componentes da segurança pública, na forma do artigo 144 da Constituição da República, bem como no parágrafo 4º do referido artigo, o constituinte dispõe que cabe às polícias civis a função de polícia judiciária e apuração de infrações penais, excetuando as infrações de natureza militar.

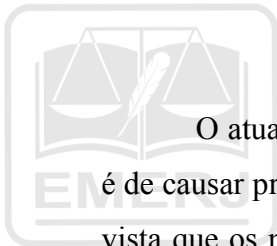
No mesmo artigo constitucional, o legislador também dispôs em seu parágrafo 5º que cabe às polícias militares o poder de polícia ostensiva e a preservação de ordem pública<sup>18</sup>.

A partir dessa contextualização, é possível afirmar que cabe à polícia militar a função de exercer o poder de polícia administrativa, atuando na prevenção-repressão de infrações, de forma ostensiva, dando à sociedade a sensação de segurança. É função da polícia militar, principalmente, combater a criminalidade generalizada que vem crescendo no Estado do Rio de Janeiro, em especial na capital, utilizando de sua força para tanto.

<sup>16</sup> BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm) >. Acesso em: 20 jan. 2020.

<sup>17</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Polícia Militar e Poder de Polícia no Direito Brasileiro. Direito Administrativo da Ordem Pública*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.



O atual cenário de segurança pública que abarca a capital do Estado do Rio de Janeiro é de causar preocupações por parte do Poder Público e da população como um todo, tendo em vista que os números da violência trazidos diariamente tanto por aplicativos de *smartphones* (ex. fogo cruzado) quanto por pela Secretaria de Segurança Pública, telejornais e estudos realizados pela Firjan<sup>19</sup> demonstram o crescimento de casos envolvendo homicídios, roubos, furtos e latrocínios, sendo certo que essa estatística não é acompanhada com um aumento do efetivo da polícia, por exemplo.

Embora a polícia militar tenha como objetivo prevenir condutas criminosas, como dispõe o texto constitucional, de forma a atuar com objetivo de zelar pela segurança da população, não vêm conseguindo concretizar essa função institucional, uma vez que os casos envolvendo a violência crescem com agilidade e a população demonstra ter receio da atuação policial, principalmente nas comunidades e localidades menos favorecidas.

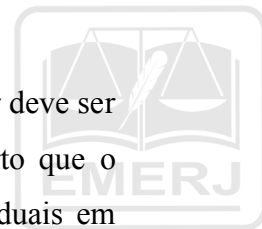
Nesse sentido, o aumento da criminalidade e a deficiência do Estado em relação à segurança pública traz reflexos também para a economia da cidade, uma vez que muitos empreendedores fecham seus estabelecimentos, empresas de vulto maior deixam de aplicar receita na cidade e, em outros locais, o crime organizado decide quando o comércio abre e fecha. Assim, pode-se afirmar que:

Essa ausência de Estado abre cada vez mais espaços para o avanço da criminalidade, que implanta um poder paralelo, por meio da violência. Por consequência, a crise na segurança pública se reverbera sobre a economia, degradando áreas anteriormente dinâmicas, levando ao fechamento de estabelecimentos, afastando e expulsando investimentos e criando áreas em que o estado voltou a perder o controle para a criminalidade. Em casos mais extremos, a criminalidade decide quando a sociedade pode funcionar. Isso determina o fechamento de escolas, estabelecimentos de saúde, ruas e localidades inteiras, onde o acesso só ocorre com a autorização da criminalidade.<sup>20</sup>

A atuação da polícia no combate à violência na cidade do Rio de Janeiro implica em ações mais ostensivas do que as que o legislador buscava ao trazer no bojo da Constituição da República os órgãos e funções destes na segurança pública. É inegável que não era objetivo do legislador constituinte que, tanto a polícia quanto seus agentes, sofressem tanto quanto sofrem hoje nas abordagens realizadas Brasil adentro, pois vivem em uma pressão diária, tanto pela falta de apoio material do Estado quanto pela falta de apoio moral por parte da população.

<sup>19</sup> FIRJAN. *Avanço da criminalidade no Estado do Rio de Janeiro, retrato e propostas para a segurança pública*. Disponível em: <<http://www.firjan.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=2C908A8F5C5FF163015C642172A96397>> Acesso em: 15 fev. 2020.

<sup>20</sup> Ibid.



Contudo, também não se pode olvidar que o papel ostensivo da polícia militar deve ser realizado, uma vez que está amparado pela Constituição da República, sendo certo que o desempenho dessa função é em prol da coletividade, mitigando os direitos individuais em virtude do interesse público, geral, que cerca o contexto da violência crescente nesta cidade.

O conceito de “segurança” traz o termo representativo de conforto, confiança, certeza<sup>21</sup>, de modo que a população tenha sensação de bem-estar quando a polícia estiver realizando seu papel constitucional. Entretanto, não é o que ocorre no atual cenário da cidade do Rio de Janeiro, eis que a sociedade demonstra receio e não colabora com a polícia militar quanto esta realiza alguma abordagem ou operação com a finalidade de combater o crime.

Essa luta diária no combate da violência passou a ser um exercício difícil no Rio de Janeiro, não só pela precariedade no setor, como também pelo baixo apoio da sociedade em relação a esses profissionais que arriscam suas vidas diariamente em prol da segurança pública e bem-estar social.

### 3. NECESSIDADE DE MITIGAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONAIS EM PROL DA COLETIVIDADE E EM DETRIMENTO DA CRIMINALIDADE NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO

Os Direitos Humanos, considerados no ordenamento jurídico brasileiro como direitos constitucionais, cujo surgimento primordial se deu em um contexto de ausência ou supressão de direitos básicos dos cidadãos, que a cada dia eram colocados em situações humilhantes e degradantes. No Brasil, com o fim do Governo Militar, época em que os direitos sociais foram endurecidos, surgiu a democracia presenciada hoje, em que a sociedade ansiava por menos violações à liberdade e mais direitos.

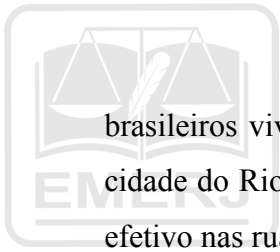
Não restam dúvidas quanto à necessidade e o valor de tais direitos em uma sociedade democrática, uma vez que os objetivos dessas normas denotam que todo cidadão, mesmo aqueles que pratiquem atos ilícitos, tenham direitos garantidos na Constituição da República, bem como no Pacto São José da Costa Rica, de âmbito internacional. É, sem mais indagações, uma garantia muito poderosa a todos.

Entretanto, apesar de que se conviva em uma democracia, em que todos possuem direitos e deveres, como garantias constitucionais, há de se preocupar com a evolução da sociedade desde aquela época até os dias atuais. Não é novidade que atualmente os cidadãos

---

<sup>21</sup> NUCCI, op. cit., p. 39.





brasileiros vivem em um contexto de aumento da violência urbana. Contudo, em especial a cidade do Rio de Janeiro, enfrenta atualmente o caos urbano somados com o medo e falta de efetivo nas ruas.

A violência urbana causa alardes na imprensa local e internacional, em que sempre demonstra o perigo de circular livremente pela cidade e a impotência da polícia em combater o crime com a escassez de recursos que possui. Ademais, há também a população defensora fiel dos direitos constitucionais e humanos contestando a atuação da polícia em operações contra o crime.

Causa estranheza e contradição a população defender os direitos em questão em detrimento do agente militar ao passo que deveriam incentivar a atuação policial em locais perigosos ou dominados pela criminalidade. É certo que, mesmo que os agentes sacrifiquem suas vidas com o objetivo primordial da entidade, qual seja, proteger e servir o povo, esses destinatários sejam um dos primeiros a questionar o porquê daquela atuação.

O que se questiona no presente trabalho, não é a desnecessidade dos Direitos Humanos e constitucionais, pelo contrário, utilizá-los a favor de quem realmente precisa e faz jus a tanto. Como se pode dar segurança à população carioca sem que as forças militares atuem e consigam efetivamente aniquilar a criminalidade enraizada no local?

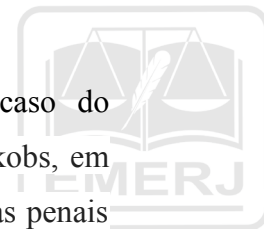
Países democráticos, também defensores e signatários dos Direitos Humanos, como os Estados Unidos da América, mitigam direitos fundamentais da pessoa em prol da coletividade em casos como o terrorismo. Desse modo, é permitido, apesar de terem consciência de quão terrível seja, torturar uma pessoa suspeita de prática de ato terrorista. A justificativa é simples: torturar uma única pessoa poderá salvar milhares outras<sup>22</sup>. Assim entendem:

Defendeu que, mediante um sistema de ordens judiciais, seja dada uma autorização positiva para formas de tortura específicas e não letais, visando a obtenção de informações de terroristas quando tais informações possam servir para salvar vidas. Seu argumento é que, nessas circunstâncias, a tortura pode ser aceitável tanto do ponto de vista moral como do ponto de vista constitucional.<sup>23</sup>

Naquele país, tantos seus governantes quanto a população apoia a ideia de praticar a tortura, eis que a justificativa utilizada para tanto é totalmente plausível, sendo certo que é benéfico à população em geral a utilização desse meio de interrogatório com fins de salvaguardar os direitos de todos.

<sup>22</sup>VILAR, Jéssica Ramos. *Mitigação dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<https://jessicamosvilar.jusbrasil.com.br/artigos/709799346/a-mitigacao-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

<sup>23</sup> Ibid.



Essa mitigação de direitos e garantias, principalmente em relação ao caso do terrorismo, vem da tese do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida por Günther Jakobs, em que o terrorismo deve ser visto como o inimigo, devendo ter seus direitos e garantias penais mitigados e/ou suprimidos<sup>24</sup>. Desse modo, o conceito simples para a tese de Jakobs é que pessoas consideradas “inimigas da sociedade” não precisam receber o mesmo tratamento que os demais, isso inclui direitos, garantias e benefícios<sup>25</sup>:

O seu criador enxerga o terrorista como inimigo, dada a sua periculosidade e a não garantia cognitiva suficiente de se comportar de acordo com o direito, sendo fonte de perigo constante a ser inocuízado. Logo, para o autor alemão, o terrorismo deve ser combatido nos moldes do Direito Penal do inimigo, devendo as legislações se amoldarem à tal teoria, flexibilizando e/ou suprimindo garantias penais e processuais penais, antecipando a tutela penal e cominando sanções penais elevadas.<sup>26</sup>

Trazendo essa questão ao Brasil, especificadamente à cidade do Rio de Janeiro, seria também plausível a justificativa de mitigação dos direitos fundamentais daqueles que se destinam à criminalidade em nome da população que sofre com perdas de pessoas queridas e convivem com o medo e perigo que norteiam toda a cidade.

Portanto, a força militar deveria poder utilizar, de forma autorizada, de meios mais violadores, mas eficientes, para tornar efetiva sua atuação na sociedade. A limitação de poder nesses casos que analisamos, faz com que a atuação policial não seja tão eficiente quanto poderia ser.

Ademais, o apoio dos cidadãos também é de suma importância, visto que hoje essas mesmas pessoas que tanto clamam pelo fim da violência, não deixam que a polícia militar atue e, em muitos casos, utilizem sua força institucionalmente dada. Esse fato demonstra a falta de apoio social àquele que realmente podem fazer diferente e alterar o atual cenário de caos na segurança pública da cidade que tanto recebe turistas.

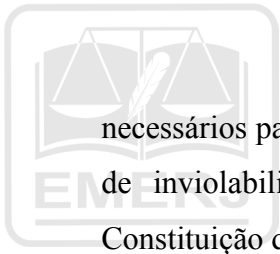
Por óbvio, tamanha violação e atuação não poderiam ocorrer de forma ilegítima e injustificável, não podendo a autoridade competente autorizar fazê-lo sem que haja demonstrada necessidade para tanto. É possível, pois, comparar com a interceptação telefônica, em que a Lei nº 9.296/1996, em seu artigo 1º, traz as hipóteses e requisitos

---

<sup>24</sup> ÂMBITO JURÍDICO. *Influência da Teoria do Direito Penal do Inimigo na Lei Antiterrorismo Brasileira (Lei nº 13.260/2016)*. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/influencia-da-teoria-do-direito-penal-do-inimigo-na-lei-antiterrorismo-brasileira-lei-13-260-16/>> Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>25</sup> SAJADV. *Direito Penal do Inimigo: entendendo o que diz a teoria*. Disponível em: < <https://blog.sajadv.com.br/direito-penal-do-inimigo/>> Acesso em: 01 jul. 2020.

<sup>26</sup> ÂMBITO JURÍDICO, op. cit., nota 24.



necessários para que seja decretada<sup>27</sup>, uma vez que se trata de exceção à garantia fundamental de inviolabilidade do sigilo das comunicações, previsto no artigo 5º, inciso XII da Constituição da República<sup>28</sup>.

Com esse raciocínio, a polícia militar, como as Forças Armadas e demais polícias, poderiam atuar, conjuntamente com suas inteligências, a fim de combater de forma amplamente efetiva a criminalidade no atual cenário de impotência da polícia. Ademais, cabe também à população, beneficiária imediata de tais medidas, exercer o papel essencial de apoio e ajuda às polícias.

Excepcionar direitos constitucionais diante da realidade vivida por centenas de cidadãos da cidade do Rio de Janeiro, isto é, a necessidade de mitigar esses direitos em relação a uma parte menor da população, com o fim de dar à parte restante a segurança e, por fim, a concretização dos seus direitos constitucionais. Assim, é retirar de uma parte que se destina ao crime, para dar aos demais a plenitude de seus direitos, àqueles que realmente devem usufruir do Estado Democrático de Direito.

Portanto, há de se reiterar que a defesa indiscriminada dos direitos constitucionais àqueles que se dedicam à criminalidade faz com que o combate à violência urbana, em especial da cidade do Rio de Janeiro, seja afetada drasticamente, uma vez que os polícias devem observar a todo custo sua atuação para que não viole provas, garantias, dentre outros. Logo, a possibilidade de mitigação desses direitos, utilizadas de forma discriminada e justificada, juntamente com a inteligências das polícias, aumentariam o grau de sucesso das operações, o que aumenta a segurança da população e a diminuição da violência.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que, diante do cenário contemporâneo da violência no Estado do Rio de Janeiro, especificadamente na capital, fez surgir diversas indagações acerca da eficácia no combate à criminalidade pela polícia militar. Como se sabe, a polícia militar deve atuar observando os direitos e garantias constitucionais, bem como os direitos humanos, independentemente se diante a um cidadão realizando sua atividade lícita, quanto aquele que se destina à prática de condutas delituosas.

<sup>27</sup> BRASIL, *Lei nº 9.296 de 1996*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

<sup>28</sup> BRASIL, *op. cit.*, nota 13.



Os Direitos Humanos, introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional a partir de votação em cada Casa do Congresso Nacional, sendo certo que foram criados em um contexto mundial crítico, no qual se fez necessária sua concepção e difusão. No Brasil, a introdução foi por meio do Pacto São José da Costa Rica, cujo contexto no país à época clamava por mudanças sociais, saindo das rédeas duras do Governo Militar.

Entretanto, apesar da suma importância dos direitos e garantias constitucionais, além dos Direitos Humanos em nosso ordenamento jurídico, atualmente há indivíduos que se destinam exclusivamente às práticas criminosas, beneficiando-se do tratamento benevolente trazido por esses direitos, gerando prejuízos à sociedade como um todo.

A problemática surgiu, pois, não era razoável que essas pessoas com condutas delituosas sejam beneficiadas de todas as formas em detrimento da sociedade em geral, isto é, enquanto os direitos supra citados devem ser aplicados a todos indiscriminadamente, os cidadãos que não se destinam à criminalidade são privados das mesmas garantias, pois a criminalidade se expande a cada dia pela cidade, trazendo, até mesmo, prejuízos de cunho econômico à cidade e aos cidadãos.

Logo, a atuação policial durante o combate ao crime é limitada, uma vez que deve sempre observar os direitos e garantias, ainda que diante de uma pessoa que está cometendo alguma conduta ilícita que prejudica a coletividade. Outrossim, parte da população se coloca contrária à atividade policial, o que ocasiona em muitas vezes em inoperância dessa força de suma importância para a segurança pública.

Por esses motivos, há necessidade que a polícia militar tenha mais condições para servir e proteger a população que não tenha envolvimento com condutas tipificadas como crimes no ordenamento jurídico. Para tanto, a polícia militar deve ter a previsão legal de mitigar alguns desses direitos e garantias constitucionais, além dos direitos humanos, a fim de que sua atuação seja eficaz e seu objetivo seja cumprido, qual seja, proteger a população e combater a criminalidade.

Contudo, como se está diante do tema referente à mitigação dos referidos direitos, não pode ser uma conduta arbitrária, devendo, pois, ser discricionária, isto é, a polícia militar só poderia fazê-lo com base na demonstração de conveniência e oportunidade, utilizando de instrumentos legais de autorização, como a lei e, em um primeiro momento, sem a interferência do judiciário.

Assim, se durante uma operação ou confronto armado entre os policiais e criminosos, esses poderiam ser autorizados por lei e por seu superior hierárquico a realizar mitigações



necessárias àquele momento específico, a partir da demonstração da real necessidade em realizar tal conduta, pois, destacando, mais uma vez, que é um tratamento excepcional e não a regra, devendo preencher requisitos estabelecidos em lei para realizar tais atos.

## REFERÊNCIAS

ÂMBITO JURÍDICO. *Influência da Teoria do Direito Penal do Inimigo na Lei Antiterrorismo Brasileira (Lei nº 13.260/2016)*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/influencia-da-teoria-do-direito-penal-do-inimigo-na-lei-antiterrorismo-brasileira-lei-13-260-16/>> Acesso em: 30 jun. 2020.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Formação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: JusPODIVM, 2018.

BRASIL; *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 06 out. 2019.

\_\_\_\_\_; *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2020.

\_\_\_\_\_; *Lei nº 9.296 de 1996*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.343-SP*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> Acesso em: 30 jun. 2020.

CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Holocausto e Direitos humanos*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/holocausto-e-direitos-humanos/>> Acesso em: 10 jun. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2018.

CONJUR. *A hierarquia legal dos tratados internacionais sobre direitos humanos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-set-18/convencao-direitos-pessoas-deficiencia-status-ec>> Acesso em: 30 jun. 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Polícia Militar e Poder de Polícia no Direito Brasileiro. Direito Administrativo da Ordem Pública*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DIREITO NET. *Direitos sociais frente ao princípio da proibição ao retrocesso social*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6963/Direitos-sociais-frente-ao-Principio-da-Proibicao-do-Retrocesso-Social>> Acesso em: 04 out. 2019.

FIRJAN. *Avanço da criminalidade no Estado do Rio de Janeiro, retrato e propostas para a segurança pública*. Disponível em: <<http://www.firjan.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=2C908A8F5C5FF163015C642172A96397>> Acesso em: 15 fev. 2020.

INFO ESCOLA. *Violações aos Direitos Humanos na Ditadura Militar*. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/violacoes-aos-direitos-humanos-na-ditadura-militar/>> Acesso em: 10 jun. 2020



JUS.COM.BR. *Direitos Humanos e a Segurança Pública no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68749/direitos-humanos-e-a-seguranca-publica-no-brasil>>. Acesso em: 01 out. 2019.

MEU SITE JURÍDICO. *A Segunda Guerra Mundial e os reflexos nos Direitos Humanos*. Disponível em: < <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/01/16/segunda-guerra-mundial-e-o-reflexo-nos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 01 out. 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos Humanos versus Segurança Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SAJADV. *Direito Penal do Inimigo: entendendo o que diz a teoria*. Disponível em: < <https://blog.sajadv.com.br/direito-penal-do-inimigo/>> Acesso em: 01 jul. 2020.

VILAR, Jéssica Ramos. *Mitigação dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<https://jessicamosvilar.jusbrasil.com.br/artigos/709799346/a-mitigacao-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

## O FENÔMENO “BALA PERDIDA”

Patricia Alcantara da Fonseca

Graduada em Direito na Universidade Cândido Mendes campus de Nova Friburgo. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo-** a responsabilidade civil estatal, em regra, é objetiva, sendo necessário para que haja sua configuração, a comprovação da conduta, do dano e do nexos causal do evento danoso. O presente artigo objetiva a discussão da temática da responsabilidade civil do Estado no Direito Brasileiro, no que tange à obrigação de indenizar os danos causados a indivíduos nos casos de “bala perdida”. Tal sistemática é pouco explorada pela doutrina, mas de grande relevância aos operadores do direito, haja vista o grande número de casos que chegam ao Judiciário. Existe uma grande divergência sobre o tema, principalmente em relação a relevância ou não da comprovação da autoria do disparo do projétil em confrontos que envolvem a polícia e terceiros bem como nos confrontos onde não há o envolvimento dos agentes estatais. Há entendimento no sentido de que a obrigação de ressarcimento do Estado somente se configura caso reste comprovado que o projétil partiu da arma do agente público, enquanto, para outros, a vítima tem direito à indenização independentemente da comprovação da origem do disparo. Assim, o presente artigo, tem por finalidade fazer uma análise da responsabilidade civil estatal pela atuação ou omissão de seus agentes levantando a controvérsia que há nos tribunais brasileiros sobre o tema.

**Palavras-chave-** Direito Administrativo. Direito Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Segurança Pública.

**Sumário-**Introdução. 1. O conceito de “bala perdida” à luz do princípio da eficiência da Administração e o dever do Estado de promover com eficiência o Serviço de Segurança Pública. 2. A Responsabilidade Civil do Estado nos confrontos envolvendo agentes estatais e facções criminosas sem comprovação da procedência do disparo. 3. A “Bala Perdida” e a Responsabilidade Civil do Estado quando o projétil é oriundo de confronto entre facções rivais, sem o envolvimento da polícia. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a temática da responsabilização do Estado quanto ao dever de indenizar as vítimas atingidas por balas perdidas. Procura-se demonstrar que o elevado número de casos envolvendo tal fenômeno vem levando a população dos grandes centros urbanos a viverem em constante sensação de insegurança e a inércia estatal somente vem a aumentar tal sentimento.





Para tanto, serão abordadas a visão doutrinária e jurisprudencial em relação à Responsabilidade Civil do Estado no que concerne ao fenômeno “bala perdida”. A análise deste tema envolve as diversas controvérsias existentes em torno da responsabilidade civil do Estado, no que se refere a este tipo de dano.

A Constituição Federal estabelece que é dever do Estado promover com eficiência a segurança pública. Segundo o entendimento doutrinário majoritário, a responsabilidade do Estado decorre da teoria do risco administrativo. Entende-se por esta teoria que apesar da desobrigatoriedade da prova de culpa da Administração. Dessa forma, levando-se em conta que o Estado não assume o papel de garantidor universal, até que ponto pode o princípio da eficiência exigir que o Estado garanta a segurança pública?

Tal tema é extremamente controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e carece de atenção, haja vista que a intervenção do Poder Judiciário nesses casos pode afetar diretamente a Administração Pública.

Para melhor compreensão do tema será feita uma análise da responsabilização do Estado em face do disposto na Constituição Federal. Pretende-se despertar a atenção para a possibilidade de indenização por danos causados por balas perdidas diante de uma possível omissão estatal.

O primeiro capítulo do presente trabalho inicia-se apresentando o conceito de bala perdida à luz do princípio da eficiência da Administração com o objetivo de demonstrar até que ponto o princípio da eficiência não estaria impondo ao Estado a função de garantidor universal.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, se há relevância o conhecimento da origem ou procedência da arma de onde partiu o disparo nos casos envolvendo confrontos entre agentes estatais e membros de facções criminosas, para aferir a eventual responsabilização do Estado.

O terceiro capítulo abrange a possibilidade de haver responsabilidade civil do Estado nos casos de trocas de tiros sem o envolvimento da polícia fundamentada na omissão genérica.

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à

temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1. O CONCEITO DE “BALA PERDIDA” À LUZ DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E O DEVER DO ESTADO DE PROMOVER COM EFICIÊNCIA O SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA

A Constituição Federal expressa em seu artigo 37, § 6<sup>o</sup>, a responsabilidade civil estatal de forma objetiva, haja vista que independe de dano. Para que esta reste configurada, há a exigência da presença de três elementos, quais sejam, a conduta estatal, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Levando-se em conta que a responsabilidade civil do Estado evoluiu de total irresponsabilidade para a responsabilidade que independe de culpa, surgem três teorias denominadas teorias publicistas.

Segundo Rui Stoco<sup>2</sup>:

Na tentativa de resolver a questão da responsabilidade do Estado surgiram três teses: a) da culpa administrativa; b) do risco administrativo; c) do risco integral, todas elas descendentes do tronco comum da responsabilidade objetiva da Administração Pública, mas com variações de fundamento e aplicação.

Na teoria da culpa administrativa o dano causado é proveniente da falta objetiva de um serviço, ou por uma prestação deficitária deste. Nessa teoria, não se discute a culpa do agente administrativo, mas a inexistência do serviço, seu mal funcionamento ou seu retardamento. Caso reste configurado qualquer das hipóteses acima elencadas, presume-se a culpa da administração pública, de modo a criar a obrigação de indenizar.

Já a teoria do risco administrativo é fundamentada no risco que a atividade pública gera aos administrados, de forma que toda lesão causada ao particular deve ser ressarcida, independentemente da culpa do agente público que a causou. Entretanto, é necessária comprovação, por parte do lesado, a comprovação da existência de relação de causalidade entre a ação ou omissão administrativa e o dano sofrido. Tal teoria é a abarcada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Explica Sergio Cavalieri Filho<sup>3</sup>,

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição Federal do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Cons-tituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Cons-tituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 abr. 2020.

<sup>2</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1335.

<sup>3</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 324.

Com efeito, a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão de nexos causal – fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. O risco administrativo, repita-se, torna o Estado responsável pelos riscos da sua atividade administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima, e nem, ainda, por fenômenos da Natureza, estranhos à sua atividade. (...) Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado.

Por teoria do risco integral entende-se ser a modalidade exagerada da teoria do risco administrativo. Essa teoria aduz que o Estado deve indenizar todos os danos causados, inclusive nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. Para essa teoria não há necessidade de comprovação de nexos causal e não existe causa excludente de responsabilidade, apenas sendo necessário o fato material e o dano correspondente. Conceitua Rui Stoco<sup>4</sup> que, “portanto, como acima observado, a teoria do risco integral é a modalidade exacerbada da doutrina do risco administrativo, repudiada pela maioria e inadmitida na prática, por conduzir ao excesso e a injustiça social.”.

Dessa forma, tal teoria se mostra insustentável para o funcionamento da máquina estatal, haja vista que, ao não levar em conta a presença de nexos causal, qualquer evento danoso obriga o Estado a indenizar, não podendo este alegar nenhum tipo de excludente de ilicitude da responsabilidade como caso fortuito, de força maior ou culpa exclusiva da vítima. Isso tornaria o custo do aparelho estatal tão elevado que seria inviável o seu funcionamento. Assim, a teoria do risco integral acaba por conduzir ao abuso por não exigir qualquer prova concreta da existência de relação entre o Estado e o evento danoso e, por esse motivo, ela não foi aceita pelo ordenamento jurídico.

Em que pese a teoria de responsabilidade civil do Estado adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro seja a do risco administrativo, conforme anteriormente suscitada, tem-se questionado até que ponto o Estado seria responsável nos casos envolvendo o fenômeno bala perdida, haja vista o seu dever constitucional de promover a segurança pública.

“Bala perdida” pode ser conceituada como uma expressão popular utilizada para informar quando um indivíduo é lesionado por projeto de arma de fogo de origem ignorada, fato cada dia mais presente no cotidiano das pessoas residentes dos grandes

---

<sup>4</sup> STOCO, op. cit., p. 1336.

centros. O evento “bala perdida” pode ser caracterizado como fato jurídico danoso, em que o prejuízo decorre da lesão ocasionada pelo projétil no corpo da vítima, que vem a falecer, na grande maioria dos casos. Assim, a lesão jurídica é evidente, haja vista restar caracterizada a ofensa à integridade física, à saúde e à vida, todos estes considerados direitos de preceito fundamental do indivíduo.

É fato incontestável o crescimento da violência nos grandes centros. Dessa forma, a expansão desordenada das grandes cidades precisa ser enfrentada como um problema de alta dimensão. Tal realidade impõe a discussão jurídica sobre a responsabilidade civil do Estado nos casos envolvendo danos decorrentes de “bala perdida”. O assunto possui alto grau de complexidade e precisa ser analisado sobre vários aspectos, de forma a delimitar os limites de tal responsabilidade.

A segurança pública é direito de todos e dever do Estado, imposta pelo artigo 144<sup>5</sup>, da Constituição Federal de 1988, que deve ser executada de forma eficiente haja vista a imposição de que a administração pública deve obedecer ao princípio da eficiência, entre outros. Entretanto, a referida atividade estatal só deve ser exigida obedecendo aos padrões normais e razoáveis da conduta do agente público, sob pena de tornar a atividade estatal inviável.

Nesse sentido, aduz Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>6</sup>:

Se a cada pequeno furto, se a cada mínimo incidente, ocorrido muitas vezes em circunstâncias de extrema rapidez e súbita violência, o Estado fosse convocado a indenizar o particular, se estaria criando uma situação insustentável, erigindo-se o Estado em segurador universal.

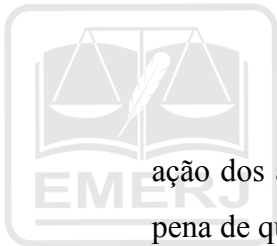
Assim, para que se configure a omissão do Estado é necessário que haja uma omissão juridicamente relevante, ou seja, há de se configurar que o Estado poderia e deveria ter agido para evitar o desfecho final que resultou a lesão, concluindo-se, portanto, que o Estado responde por algumas omissões, mas não por todas.

Sobre esta ótica, quando então vai estar configurada a responsabilidade civil estatal no que concerne à segurança pública? Levando-se em conta a impossibilidade de Estado ser enquadrado como garantidor universal, pois tal enquadramento levaria a máquina estatal ao colapso, tal configuração deve ser imposta quando a lesão resultar de

---

<sup>5</sup>BRASIL. *Constituição Federal do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Consti-tuicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Consti-tuicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 abr. 2020.

<sup>6</sup> MELLO, Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 895-898.



ação dos agentes estatais ou de omissão destes nos casos juridicamente relevantes, sob pena de que se não o fizer estar ferindo o princípio da eficiência da prestação estatal.

## 2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CONFRONTOS ENVOLVENDO AGENTES ESTATAIS E FACÇÕES CRIMINOSAS SEM COMPROVAÇÃO DA PROCEDÊNCIA DO DISPARO

É incontestável a responsabilização estatal no que tange a danos oriundos de “bala perdida” quando há comprovação de que o projétil saiu da arma de um de seus agentes. Entretanto, os problemas surgem quando a bala provém da arma de um dos criminosos ou quando o lesado não consegue comprovar se o referido projétil foi disparado da arma do policial ou criminoso.

Assim, em regra, nos casos de confronto entre policiais e marginais, em que não haja certeza da procedência do projétil, não resta configurada a responsabilidade estatal, haja vista a ausência de nexo de causalidade entre sua ação em defesa da coletividade e evento que causou danos ao terceiro.

Nesse sentido, o Tribunal do Rio Grande do Sul, na apelação civil<sup>7</sup> abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO A BANCO. BALA PERDI-DA. AUTORIA INCERTA DOS TIROS. AUSÊNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE. LEGÍTIMA DEFESA. DANOS MORAIS E MATERIAIS NÃO CARACTERIZADOS. Apesar de não ser possível a realização da perícia no projétil, por estar alojado na face do requerente, sendo que a sua remoção poderia causar-lhe risco de vida, o conjunto probatório dos autos demonstra que o tiro que atingiu o autor originou-se dos assaltantes. Portanto, apesar da lastimável situação do requerente, que teve prejuízos materiais, estéticos e abalo psicológico, não ficou comprovado o nexo de causalidade entre a conduta dos agentes e o dano efetivamente causado. Policiais militares que, ao passarem pelo local do crime, são recepcionados com disparos de arma de fogo, estão na condição de legítima defesa, que exclui a ilicitude do ato, de acordo com o artigo 188, inciso I, do Código Civil. Ausente o dever de indenizar por culpa exclusiva de terceiros. APELAÇÃO DESPROVIDA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70051508000, Décima Câmara Cível. Rel. Túlio de Oliveira Martins. Julgado em 13/12/2012).

<sup>7</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70051508000*, Décima Câmara Cível. Rel. Túlio de Oliveira Martins. Julgado em 13/12/2012). Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113503846/apelacao-civel-ac-7005182562-rs/inteiro-teor-113503856>. Acesso em: 19 abr. 2020.

Ocorre que a ineficiência do Estado em controlar a enorme quantidade de armas que vão parar nas mãos dos criminosos tem direcionado o entendimento no sentido de aumentar a responsabilidade estatal no que se refere às “balas perdidas”.

Dessa forma, havendo lesão a terceiro em virtude de “bala perdida” proveniente de confronto entre policiais e criminosos, deve o Estado ser responsabilizado, sob o fundamento de que atuou com ineficiência no combate ao tráfico de armas e com inobservância ao dever de cuidado com a população local.

Nesse prisma, parte da doutrina, entre eles, Rui Stoco, sustenta que havendo ineficiência ou ausência do dever de cuidado nas ações envolvendo policiais e criminosos, insurge o dever do Estado de indenizar. Eis o posicionamento do supracitado autor<sup>8</sup>:

Hipóteses há, contudo, em que o policial, no exercício regular de suas funções causa danos a terceiros, às vezes irreversíveis, como a morte. É o caso de uma perseguição policial em que os meliantes abrem fogo contra os policiais e estes são obrigados a revidar. Vem se tornando corriqueiros nefastos acontecimentos de pessoas feridas ou mortas por balas "perdidas" ou por disparos feitos por policiais que restam por atingir inocentes que passavam pelo local no momento da perseguição. São comuns hoje os confrontos entre policiais e marginais nas favelas, na via pública ou interior de estabelecimentos e residências. Nesses casos, embora os policiais possam ter com moderação e comedimento, procedido segundo as normas de conduta estabelecidas para as circunstâncias do momento, responderá o Estado, objetivamente pelos danos que essa ação legítima causar a terceiros. Para nós, nem mesmo o estado de legítima defesa ou estado de necessidade vivenciado pelo agente da autoridade retira do Estado o dever de reparar. (...) Apenas não caberá o direito de regresso, na consideração de que os prepostos só respondem por dolo ou culpa. São acontecimentos não queridos e fruto muito mais do recrudescimento da violência dos marginais que do comportamento dos agentes policiais, mas que impõe uma resposta mais severa destes. Nem por isso, entretanto, ficará o Estado acobertado pela indenidade civil, pois vige - como regra constitucional - a teoria do risco administrativo, que obriga o Estado a indenizar, sem indagação de culpa em seu sentido amplo.

Assim, a jurisprudência, em especial no Estado do Rio de Janeiro, tem analisado, embasada no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988<sup>9</sup>, a aplicação do princípio imperativo do dever de cuidado como modelo de conduta por parte do Estado, com o objetivo de proporcional segurança à integridade patrimonial e extrapatrimonial do indivíduo inocente, determinando como punição, nos casos de descumprimento desse dever, a imposição de reparar os danos causados, independentemente de culpa.

---

<sup>8</sup> STOCO, op. cit., p. 1449.

<sup>9</sup>BRASIL. *Constituição Federal do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitucao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm). Acesso em: 19 abr. 2020.



Destarte, a falta de zelo e prudência do causador da lesão, nesse caso o Estado, em danos injustos, configura de forma indireta na ação, lícita ou ilícita, violação da norma jurídica do dever de cuidado de forma inegável. Tal ocorrência traz como consequência, a reversão da prova, mesmo nos casos excepcionais de existência de causa de exclusão da responsabilidade civil, o que gera a obrigação da reparação dos danos causados.

A teoria do risco administrativo é notadamente enaltecida pela Constituição Federal como base para a configuração da responsabilidade civil estatal, seja por ato lícito ou ilícito da Administração Pública. Nesses termos, tem entendido a jurisprudência que, quando houver troca de tiros entre policiais e marginais em via pública, haverá a imposição à administração pública do dever de indenizar, independentemente da proveniência do projétil. Isto se dá pelo fato de que a simples participação estatal no evento que causou o dano injusto às pessoas inocentes, acarreta a sua responsabilização, mesmo que atue de forma lícita, haja vista que resta configurado o nexos causal necessário, conforme a apelação cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>10</sup>:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37§ 6º DA CF. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. AUTOR ALVEJADO POR PROJÉTIL DE ARMA DE FOGO PROVENIENTE DE TIROTEIO ENTRE POLICIAIS MILITARES E BANDIDOS. IRRELEVANCIA DA ORIGEM DO PROJÉTIL. NEXO CAUSAL COMPROVADO. AÇÃO POLICIAL REALIZADA DE MANEIRA IMPRUDENTE. COMPETE AO ESTADO PROVAR UMA DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA SUA RESPONSABILIDADE, O QUE NÃO OCORREU. DANO MORAL CONFIGURADO. DANO MORAL PARA O AUTOR FIXADO SEM OBSERVANCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE, DEVENDO SER REDUZIDO PARA R\$ 80.000,00 (OITENTA MIL REAIS). CORREÇÃO MONETÁRIA COM BASE NO UFIR/RJ, E OS JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS, A PARTIR DA CITAÇÃO. DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RE-CURSO DO ESTADO RÉU.

Esse posicionamento alega que o fato de haver participação de agente público no evento que cause o dano, é suficiente para a configuração do nexos causal, o que impõe ao Estado a obrigação de indenizar. Entende a jurisprudência que cabe ao Estado a comprovação de excludente de responsabilidade, haja vista que seus agentes devem agir de modo eficiente.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *APL n°: 04781235620118190001* Rio De Janeiro Capital 9 Vara Faz Publica. Rel. Valéria Dacheux Nascimento. Data de Julgamento: 04/04/2017. Décima Nona Câmara Cível, Data de Publicação: 07/04/2017) Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/Jurisprudencia/447573043/apelacao-remessa-necessaria-apl-4781235620118190001-rio-de-janeiro-capital-9-vara-faz-publica>. Acesso em: 19 abr. 2020.

Corroborando com este mesmo entendimento, aduz Sergio Cavalieri Filho<sup>11</sup>:

É por esse enfoque que deve ser examinada e resolvida a questão da bala perdida que, no Rio de Janeiro, tem sacrificado centenas de pessoas. No confronto entre policiais e bandidos, pessoas inocentes são atingidas. Deve o Estado responder nesses casos? A resposta é indiscutivelmente positiva porque o dano (morte ou ferimento de um transeunte) teve por causa a atividade administrativa. Em que pese o entendimento em contrário, é desnecessário saber se a bala partiu da arma do policial ou do bandido; relevante é o fato de ter o dano decorrido da atuação desastrosa do Poder Público. A responsabilidade civil do Estado, repita-se é objetiva pelo risco da atividade. Terá o Poder Público que exercê-la, portanto, com a absoluta segurança, mormente quando extremamente perigosa, como é a atividade policial, de modo a garantir a incolumidade dos cidadãos. Destarte, sempre que o dano resultar da atividade estatal, haverá o dever de indenizar objetivamente. Se a vítima foi atingida na troca de tiros entre policiais e bandidos, não há dúvida de que a ação dos agentes contribuiu de forma decisiva para o evento, pelo que indiscutível o dever de indenizar do Estado. Só não haverá esse dever de indenizar nos casos de bala perdida mesmo, isto é, aquela que não se sabe de onde veio, de onde partiu, que não guarda nenhuma relação com a atividade policial.

Portanto, tanto a jurisprudência quanto a doutrina tem se posicionado no sentido de que, para que se configure o nexo causal, pressuposto necessário para que haja o dever de indenizar, basta que haja envolvimento da administração pública no evento causador do dano, não havendo, portanto, relevância da procedência de origem do projétil, tendo em vista que é dever do Estado zelar pela proteção de seus cidadãos.

Importante ressaltar que tal entendimento ainda não é unânime, haja vista que há posicionamentos jurisprudenciais em todos os sentidos, o que torna a decisão, nesses casos extremamente complicada, devendo ser analisada caso a caso.

### 3. A “BALA PERDIDA” E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANDO O PROJÉTEL É ORIUNDO DE CONFRONTO ENTRE FACÇÕES RIVALS, SEM O ENVOLVIMENTO DA POLÍCIA.

Nos confrontos em que o dano é causado por confronto unicamente entre bandidos a regra é o não cabimento da responsabilidade estatal. Nesse sentido vem entendendo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>12</sup>:

<sup>11</sup> CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 330/331.

<sup>12</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *APL: 00081748820038190001* Rio De Janeiro Capital 5 Vara Faz Publica. Rel. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Data de Julgamento: 19/12/2007. Segunda Câmara Cível. Data de Publicação: 07/01/2008. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/395670078/apelacao-apl-1000846020078190001-rio-de-janeiro-capital-5-vara-faz-publica/inteiro-teor-395670087>. Acesso em: 04. mai. 2020.



RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LESÃO EM VÍTIMA CAUSADA POR BALA PERDIDA. DEVER DE SEGURANÇA DO PODER PÚBLICO. OMISSÃO GENÉRICA. 1) Não se pode, com arrimo no artigo 37, § 6º da CRFB, conferir ao Estado a qualidade de segurador universal, uma vez que o referido dispositivo constitucional não consagrou a teoria do risco integral. 2) Somente restaria caracterizado o nexo de causalidade entre o dano e a inação estatal na hipótese de omissão específica do Poder Público, a qual pressupõe ter sido este chamado a intervir, ou se o disparo tivesse ocorrido por ocasião de confronto entre agentes estatais e bandidos, o que não restou comprovado na hipótese. 3) Ainda que se perfilhasse o entendimento de que no caso de omissão a responsabilidade do Estado é subjetiva, não se tem por caracterizada a culpa, se não comprovada a ausência do serviço ou sua prestação ineficiente, vez que não se pode esperar que o Estado seja onipresente. 4) Provimento do primeiro recurso. Prejudicada a segunda apelação.)

Em regra, nessas hipóteses, como o evento danoso se dá sem a intervenção do agente estatal não há como imputar a responsabilidade do dano ao Estado, haja vista a impossibilidade e a inviabilidade de o ente estatal em ser segurador universal. Ocorre que o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem admitido, pelo menos em tese, que quando estes confrontos se dão de forma contínua e reiterada, em área delimitada de forma precisa, e o Estado se abstém de agir, tais regiões se tornam territórios sem lei, totalmente propícios à ação criminosa, fato que configura uma omissão juridicamente relevante, o que gera a obrigação do Estado em indenizar.

Entretanto, tal responsabilização não tem sido majoritária em primeira instância, sendo as poucas tomadas nesse sentido reformadas pelo Tribunal.

O problema é quando o Estado é reiteradamente omissivo, o padrão mínimo de exigibilidade de garantia de segurança pública cai por terra, haja vista que tal omissão passa a ser a causa principal do evento danoso, o que acarreta a responsabilidade estatal.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>13</sup> em sede de apelação entende que quando o dano é causado de forma reiterada sempre nos mesmos lugares, ele torna-se previsível e, portanto, configura omissão estatal que negligenciou na prestação do dever de segurança. Ou seja, nesses casos, entende o Tribunal que a regularidade de tais eventos os tornam previsíveis gerando ao Estado o dever de agir a fim de evitar que os danos ocorram ou pelo menos os minimizar.

---

<sup>13</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *APL n.º: 00866059720078190001*, Rio De Janeiro Capital 14 Vara Faz Publica. Rel. Marília De Castro Neves Vieira. Data de Julgamento: 24/11/2010. Décima Câmara Cível. Data de Publicação: 10/01/2011. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/389451646/apelacao-apl-866059720078190001-rio-de-janeiro-capital-14-vara-faz-publica/inteiro-teor-389451661>. Acesso em: 04. mai. 2020.

Nesse mesmo sentido, o STF em recurso extraordinário corrobora<sup>14</sup>:

Decisão: Trata-se de recurso extraordinário com agravo (art. 102, III, a, da Constituição Federal) interposto de acórdão que versa sobre a responsabilidade civil de pessoa jurídica de direito público em razão de evento que resultou na morte do cônjuge da parte ora recorrida. Eis a (e-STJ Fl. 282): “Embargos Infringentes. Inconformismo da embargante com o acórdão que reformou a sentença de parcial procedência. Responsabilidade civil do Estado por morte do marido da autora, atingido por ‘bala perdida’ quando saía de sua residência. Confronto entre policiais e traficantes. Artigo 37, § 6º da CRFB. Omissão específica do Estado. Situação corriqueira e já previsível na localidade. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco administrativo. Omissão reiterada. Irrelevante se a bala partiu o não da arma de policial ou de traficante, já que não se perquire responsabilidade por ação, mas pela omissão estatal que negligenciou no dever de segurança. Presentes o fato administrativo, o dano e nexos de causalidade entre eles. Ausentes quaisquer causas de excludentes de responsabilidade. Precedentes desta Corte e do egrégio STJ. Verba arbitrada, a título de dano moral, no patamar de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) justa e proporcional frente à gravidade do dano, atendidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. PROVIMENTO DO RECURSO, para fazer prevalecer o inteiro teor do voto vencido, sendo reconhecida a procedência da demanda e restabelecida a sentença, na forma tal qual foi prolatada.” Ressaltou-se que “(...) o nexos de causalidade é lastreado no fato, no evento: troca de tiros entre bandidos e entre policiais e bandidos, decorrente da omissão estatal na prestação de segurança pública e da conduta desastrosa da polícia no caso concreto. O dano está representado pela morte do ente querido e o liame que une o fato ao dano é, nada mais, que a morte do marido da autora em virtude daquele tiroteio que não poderia ter ocorrido na forma como se deu” (e-STJ Fl 297). (...) A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público respondem objetivamente pelos seus atos, bastando para isso que esteja estabelecido um nexos causal entre o ato e o dano causado (...).

Assim, para que seja configurada a omissão específica do Estado, é de suma importância a existência de provas robustas de tal conduta. Tais provas podem ser constituídas por todos os meios de prova admitidos em direito, como realização de perícias balísticas de projéteis alojados nas paredes e edificações da localidade, testemunhas, desvalorização imobiliária repentina em zonas de conhecido conflito armado, bem como juntada de repetidas reclamações à polícia sem que sejam tomadas as devidas providências, por exemplo.

Tais decisões tem aparecido nos Tribunais haja visto que os casos envolvendo o fenômeno “bala perdida” sem o envolvimento direto dos agentes estatais tem sido cada vez mais frequentes. Entretanto, em que pese não haver o envolvimento do Estado em confronto unicamente entre facções rivais, esses eventos normalmente se dão nos mesmos

---

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº: 699164 RJ*. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 03/08/2012. Data de Publicação: DJe-160 Divulg 14/08/2012 Public 15/08/2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22295553/recurso-extraordinario-com-agravo-are-699164-rj-stf>. Acesso em: 04. mai. 2020.



locais, de forma relativamente reiterada e a polícia acaba por tomar conhecimento disso. Dessa forma, não pode o Estado não tomar providência alguma e simplesmente não agir quando é seu dever manter o mínimo de segurança a seus cidadãos.

É importante ressaltar que nos casos em que não se restar comprovadas tais condutas por parte do Estado, ou seja, que este deveria e poderia agir e não o fez, não responde o ente estatal de forma objetiva na reparação do dano.

## CONCLUSÃO

O presente artigo teve por finalidade analisar a responsabilidade civil do Estado no casos que envolvem danos causados por “bala perdida”.

Para que fossem discutidas as situações específicas envolvendo os danos causados pelo fenômeno “bala perdida”, foi necessário analisar a obrigação do Estado em promover de forma eficiente o serviço de segurança pública. A conclusão a que se chegou é que tal obrigação deve ter por base os padrões normais e razoáveis da conduta do agente público, sob pena de tornar inviável a atividade estatal.

Na pesquisa foram elencadas as possíveis situações em que o fenômeno “bala perdida” pode causar danos, não cabendo discussão quando o projétil é comprovadamente proveniente da arma do agente público. A pesquisa teve por objetivo abordar os casos em que não se consegue comprovar de onde vieram os disparos nos confrontos envolvendo os agentes públicos e nos casos em que não há envolvimento direto desses agentes, ou seja, nos confrontos de facções rivais sem envolvimento da polícia.

Nessa análise, pode-se notar que há enorme divergência entre as decisões dos tribunais, especialmente no Tribunal do Rio de Janeiro, em que tal fenômeno ocorre com cada vez maior frequência.

Nos casos de confrontos envolvendo policiais e bandidos a conclusão a que se chega é que o entendimento jurisprudencial tem evoluído no sentido de condenar o Estado, sendo, dessa forma, irrelevante a procedência do disparo.

Já nos casos em que o dano foi causado por disparo oriundo de confrontos entre facções rivais, sem o envolvimento da polícia, para que seja configurada a responsabilidade civil do Estado, é estritamente necessária a comprovação da omissão específica estatal, isto é, é preciso comprovar que o Estado deveria e poderia agir e não o fez. Isso pode-se dar nos casos de reiterada troca de tiros entre facções em lugares específicos, ou seja, são locais de alto teor de violência e a polícia tem ciência disso.

Nesses casos, há de se analisar a conduta do Estado, tendo em vista o seu dever de promover a segurança pública.

Assim, esse pesquisador conclui que nos casos de danos causados por “bala perdida” a análise da responsabilidade deve ser feita caso a caso, devendo-se levar em conta que, a cada dia o número de vítimas desse fenômeno cresce de forma absurda.

Dessa forma, não devem as vítimas, parte mais frágil dessa relação, arcar com o prejuízo de uma insegurança urbana cada vez maior.

A pesquisa conclui que o estado da federação em maior evidência na mídia no que tange a tal fenômeno é o Rio de Janeiro, especialmente na sua capital. Todavia, foi observada a ocorrência de tais eventos em outros entes da federação, embora em número menor.

A conclusão a que se chega é que o instituto da responsabilidade civil objetiva deve abranger as situações da violência urbana, cada vez mais frequentes, haja vista a omissão do Estado no que tange a esses confrontos armados. O Estado deve tomar providencias em relação ao combate ao tráfico de entorpecentes e armas. O Estado não deve simplesmente “lavar suas mãos” nos casos em que não restar comprovada a procedência do projétil, devido ao seu dever constitucional de promover a segurança pública.

Sobre este prima, conclui-se que cabe aos operadores do Direito, nos casos envolvendo “bala perdida”, analisar cada caso com suas devidas particularidades, de forma justa e razoável, levando-se em conta a aplicação da lei, as também as circunstâncias que causaram o dano.

A aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como a sensatez do julgador ao julgar cada caso com suas devidas peculiaridades tem absurda relevância perante a sociedade, pois tal conduta tem a possibilidade de aumentar a segurança em sociedade, que hoje, especialmente nos grandes centros, clama por ajuda.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 19 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal do Brasil*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 abr. 2020.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ARE n°: 699164 RJ*. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 03/08/2012. Data de Publicação: DJe-160 Divulg 14/08/2012 Public 15/08/2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22295553/recurso-extraordinario-com-agravo-are-699164-rj-stf>. Acesso em: 04. mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *APL n°: 00866059720078190001*, Rio De Janeiro Capital 14 Vara Faz Publica. Rel. Marília De Castro Neves Vieira. Data de Julgamento: 24/11/2010. Décima Câmara Cível. Data de Publicação: 10/01/2011. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3851646/apelacao-apl-866059720078190001-rio-de-janeiro-capital-14-vara-faz-publica/Inteiro-teor-389451661>. Acesso em: 04. mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n° 70051508000*, Décima Câmara Cível. Rel. Túlio de Oliveira Martins. Julgado em 13/12/2012. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113503846/apelacao-civel-ac-70055182562-rs/inteiro-teor-113503856>. Acesso em: 19 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *APL n°: 00081748820038190001* Rio De Janeiro Capital 5 Vara Faz Publica. Rel. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Data de Julgamento: 19/12/2007. SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. Data de Publicação: 07/01/2008. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/395670078/Apelacao-apl-1000846020078190001-rio-de-janeiro-capital-5-vara-faz-publica/inteiro-teor-395670087> Acesso em: 04. mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *APL n°: 04781235620118190001* Rio De Janeiro Capital 9 Vara Faz Publica. Rel. Valéria Dacheux Nascimento. Data de Julgamento: 04/04/2017. Décima Nona Câmara Cível, (Data de Publicação: 07/04/2017) Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/447573043/apelacao-remessa-necessaria-apl-4781235620118190001-rio-de-janeiro-capital-9-vara-faz-publica>. Acesso em: 19 abr. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Novo tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume IV. 11 edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

## PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO PATRIMONIAL: OBJETIVOS, LIMITES E PRINCIPAIS INSTRUMENTOS

Paula Gerck Gomes Rosa

Graduada pelo IBMEC-RJ. Advogada. Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**Resumo** – o direito à herança é um direito constitucional corolário do direito à propriedade no qual o sujeito tem seu patrimônio passado aos seus herdeiros. O planejamento sucessório é o instrumento que integra os ditames legais e a vontade do *de cuius* em relação a disposição de seu patrimônio, considerado em suas particularidades. Para sua efetivação, há alguns instrumentos legalmente previstos que auxiliam na tarefa. Assim, o próprio sujeito que conquistou seu patrimônio dá a ele a melhor destinação possível, de forma que o planejamento sucessório auxilia na tarefa de distribuir, minimizar os gastos, maximizar a celeridade e, principalmente, manter o patrimônio e conservar os bens integrantes da sucessão. Dentre os instrumentos mais popularmente utilizados encontram-se as cláusulas restritivas de propriedade. A doutrina e a jurisprudência enfrentam uma divergência acerca de seus aspectos positivos e negativos, de forma que o STJ já pacificou o entendimento de que é possível o cancelamento das referidas cláusulas, se atendidos alguns pressupostos.

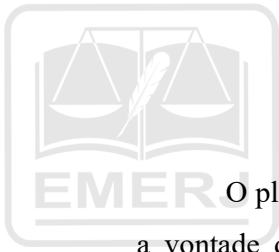
**Palavras-chave** - Direito Civil. Sucessões. Planejamento Sucessório. Cláusula de Inalienabilidade. Doação.

**Sumário** - Introdução. 1. Planejamento sucessório: conceito, objetivos e limites. 2. Os mecanismos mais tradicionais e popularmente utilizados de efetivação do planejamento sucessório. 3. A cláusula de inalienabilidade em doação de bem imóvel como instrumento do planejamento sucessório. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a concretização do planejamento sucessório dentro do contexto da constitucionalização do direito privado, seus instrumentos tradicionais popularmente mais utilizados e a possibilidade de ruptura judicial da cláusula de inalienabilidade imposta pelo planejador sobre bens imóveis, ferramenta de efetivação da vontade do *de cuius* na disposição de seu patrimônio para além de sua vida.

A Constituição Federal estabelece em seu o artigo 5º, XXX, que a herança, sucessão *causa mortis*, é um direito fundamental, corolário dos direitos constitucionais à propriedade e à liberdade, de forma que o sujeito tem a faculdade de dispor de seu patrimônio por livre vontade, dentro dos limites legais. Assim, a herança constitui um direito fundamental pelo qual os bens do *de cuius* são transmitidos aos seus sucessores e legatários, conforme sua vontade em vida e desde que dentro das limitações legais.



O planejamento sucessório seria, então, o recurso capaz de integrar os ditames legais e a vontade do *de cuius* em relação a disposição de seu patrimônio em seu *post mortem*, considerado em suas mínimas particularidades.

Ninguém melhor do que o próprio sujeito que conquistou seu patrimônio para dar a este a melhor destinação possível. Desta forma, o planejamento sucessório auxilia na tarefa de distribuir os bens, minimizar os gastos, maximizar a celeridade e, principalmente, manter o patrimônio e conservar os bens integrantes da sucessão.

Para tanto, na presente pesquisa abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a expor uma discussão com os princípios gerais do planejamento sucessório, seus limites, seus instrumentos mais populares e a possibilidade de quebra da cláusula de inalienabilidade de bens imóveis impostos pelo planejador sobre os bens objeto da sucessão.

No primeiro capítulo abordar-se-á seu conceito, seus principais objetivos e os limites norteadores dos instrumentos mais popularmente utilizados para a efetivação do planejamento sucessório patrimonial, cujo pano de fundo trata não apenas do direito sucessório, como também dos direitos reais e dos contratos.

No segundo capítulo ponderar-se-á sobre o sistema judiciário pátrio, no qual a grande maioria das sucessões são as que ocorrem sobre patrimônios de pequena dimensão, com poucos herdeiros e poucos bens, de forma que alguns instrumentos de planejamento sucessório são ostensivamente mais usados e conseqüentemente mais popularizados e conhecidos do jurisdicionado. Assim, no referido capítulo serão abordados os mais tradicionais e populares instrumentos: o testamento, a doação e a eleição do regime de bens.

Por fim, no terceiro capítulo, buscar-se-á analisar a cláusula de inalienabilidade, comumente utilizada como forma popular para designar o bem pelo planejador, para seu *post mortem*, bem como seu histórico e aplicabilidade no ordenamento pátrio que culminou em uma controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de quebra da referida cláusula de inalienabilidade imposta sobre o bem.

A pesquisa possui como abordagem um viés qualitativo, 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.

Quanto ao procedimento, realizar-se-á a pesquisa bibliográfica, constituída principalmente de artigos científicos e livros, haja vista a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla que esse tipo de investigação permite, e a pesquisa comparada mediante a investigação de fatos, coisas ou pessoas, expondo suas diferenças e semelhanças.

Por fim, quanto aos objetivos da pesquisa, pretende-se que seja exploratória, isto é, um estudo caracterizado por conter um processo de pesquisa flexível e não estruturado de diversas análises.

## 1. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: CONCEITO, OBJETIVOS E LIMITES

A CRFB/88 em seu artigo 5º, XXX<sup>1</sup> traz a herança como direito fundamental do ser humano de forma que, ocorrendo a morte do *de cujus*, imediatamente incide o princípio de *saisine*<sup>2</sup> e os bens do falecido passam para seus herdeiros legítimos. Considerando o teor do direito à herança, depreende-se que o direito à sucessão legítima e à herança são corolários dos direitos à liberdade e à propriedade, previstos, respectivamente, no artigo 5º, caput e XXII<sup>3</sup> da referida Constituição.

O propósito do direito das Sucessões e seus respectivos institutos jurídicos é determinar de forma precisa o modo pelo qual o patrimônio do *de cujus* deverá ser transmitido e partilhado, de maneira a respeitar os princípios e garantias previstos na CRFB/88 e na legislação infraconstitucional.<sup>4</sup>

No bojo do direito das Sucessões surge o planejamento sucessório, que permite a elaboração de uma sucessão que venha a atender não só aos moldes legais como também a vontade do planejador em relação a destinação de seu patrimônio após sua morte.

O planejamento sucessório é conceituado por Daniele Teixeira<sup>5</sup> como o "o instrumento jurídico que permite a adoção de uma estratégia voltada para a transferência eficaz e eficiente do patrimônio de uma pessoa após a sua morte". Por outra ótica, para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona<sup>6</sup>, o planejamento sucessório é "um conjunto de atos que visa a operar a transferência e manutenção organizada e estável do patrimônio do disponente em favor dos seus sucessores".

Em relação às limitações impostas ao planejamento sucessório, as principais são as seguintes: as limitações legais estabelecidas na legislação constitucional e infraconstitucional,

---

<sup>1</sup>BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2020.

<sup>2</sup>O princípio de *saisine* ou *droit de saisine* é um princípio de origem francesa, que remonta à Idade Média e instituiu a obrigatoriedade de devolução da posse dos bens ao senhor em razão da morte do servo. Atualmente, designa a imediata transmissão de posse e propriedade do patrimônio do *de cujus* aos seus sucessores, consubstanciado no artigo 1.784 do Código Civil.

<sup>3</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>4</sup>PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. V. VI. 55. ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.29.

<sup>5</sup>TEIXEIRA, Daniele. *Noções prévias do direito das sucessões*. Sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.35.

<sup>6</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito das Sucessões. V VII. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.404.





como é o caso da vedação ao pacto sucessório contida no artigo 426<sup>7</sup> do Código Civil, o direito do herdeiro necessário à legítima<sup>8</sup> e a eventual configuração de fraude com a utilização dos instrumentos do planejamento sucessório de forma inadequada. Considerando essas observações, o planejamento deve respeitar a todas as limitações para o alcance de sua máxima efetividade e a garantia de segurança jurídica aos envolvidos.

Ainda, no tocante às limitações, deve-se salientar a possibilidade de anulação total ou parcial do planejamento sucessório caso algum ato nele contido venha a violar determinada norma de ordem pública. Outro fator a ser ressaltado é a necessidade de elaboração do planejamento sucessório com instrumentos hábeis e legítimos para a execução dos atos projetados pelo planejador, de forma que atendam a sua vontade do, mas não venham a configurar nenhum tipo de fraude.<sup>9</sup>

Esses limites devem ser cumpridos não apenas para que os atos de planejamento sucessório se mantenham legais e hábeis a produzir efeitos, mas também para que alguns dos objetivos centrais do planejamento sejam atendidos, como a celeridade dos procedimentos de sucessão e a prevenção de litígios, evitando assim uma dilapidação patrimonial.

Ressalta-se ainda que o planejamento sucessório não é estático, de forma que deve atender as modificações das circunstâncias que fundamentaram a utilização dos instrumentos escolhidos, como o regime de casamento, a configuração familiar, alterações na legislação correlacionada, e, principalmente, objetivos pessoais do planejador. Assim, se houver necessidade, deverão ser operadas alterações para adequar o planejamento aos propósitos e à realidade do autor.<sup>10</sup>

Quanto aos objetivos do planejamento sucessório, um deles é a destinação pré-estabelecida dos bens conforme a exata vontade do planejador, de forma a efetivar o autogoverno sobre o futuro de seus bens, ou seja, de forma a proporcionar maior liberdade e autonomia para a distribuição do patrimônio dentre os herdeiros e/ou legatários.

O planejamento sucessório pode trazer ainda a maximização da conservação do patrimônio, a preservação de eventuais atividades empresariais ligadas à família e a garantia de capital suficiente para a subsistência dos sucessores dependentes no curso do processo de

---

<sup>7</sup>BRASIL, *Lei nº 10.406/2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2020.

<sup>8</sup>A chamada “legítima” no direito sucessório é a parte da herança indisponível obrigatoriamente passada aos herdeiros necessários, conforme versam os artigos 1.845 a 1.847 do Código Civil.

<sup>9</sup>PEREIRA, op. cit., p.32.

<sup>10</sup>NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 7.

partilha judicial ou procedimento extrajudicial. Ademais, pode prevenir litígios patrimoniais em razão de eventuais disputas judiciais pelos bens do planejador.

Outra razão para a realização do planejamento sucessório é o autogoverno do planejador sobre o futuro de seus bens, ou seja, uma maior liberdade e autonomia para a distribuição do patrimônio dentre os herdeiros, dentro dos limites impostos pelo ordenamento.

Com a despatrimonialização do Direito Civil e a funcionalização de seus institutos, foram ampliadas as possibilidades de instrumentos do planejamento sucessório, de forma que a sucessão pode se iniciar em vida por atos *inter vivos*, como doações de bens móveis e imóveis, ou *causa mortis*, como o testamento.

A relevância e demanda pelo planejamento sucessório são crescentes na atualidade por variadas razões, dentre elas as transformações da família e seus desdobramentos jurídicos, a tendência à volatilização dos bens patrimoniais e o planejamento tributário.<sup>11</sup>

O instituto da família está presente com grande importância na sucessão patrimonial, determinante para a ordem de vocação hereditária tratada no Código Civil a partir do artigo 1.829<sup>12</sup>. Ressalta-se que o conceito do referido instituto no direito civil vem, acertadamente, se modificando e desenvolvendo junto a conjuntura social. Atualmente o direito civil adota o conceito de família eudemonista, mais amplo, segundo o qual família é todo o núcleo de pessoas que mantém uma comunhão de afeto recíproco, independentemente de vínculo biológico ou formal.

Um outro expoente da importância da realização do planejamento sucessório é o atual processo de fluidificação patrimonial. Se antes o patrimônio considerado e valorizado era imóvel e tangível, hoje percebe-se um movimento na contramão da corporificação de bens. Para muito além do patrimônio como bem imóvel e/ou tangível, hoje tem-se uma variação crescente dos tipos de patrimônio móvel e, por vezes, intangível, tal qual as ações, criptomoedas, créditos, direitos sobre softwares, marcas e patentes. Tais bens são cada vez mais numerosos e valorizados, e trazem a necessidade de ferramentas aptas a dar a eles destinação conforme suas naturezas e a vontade do planejador quando da sucessão.<sup>13</sup>

Outro objetivo importante dentro do planejamento sucessório é a realização de um planejamento tributário que suscite a redução da carga tributária sobre o patrimônio a ser distribuído. Isso porque com a análise aprofundada dos bens e institutos disponíveis para realizar a sucessão, se alcança uma atenuação da carga tributária, dentro dos limites legais.

---

<sup>11</sup>NEVARES, op. cit., p. 8

<sup>12</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>13</sup>TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil. A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 395-416.



## 2. OS MECANISMOS MAIS TRADICIONAIS E POPULARMENTE UTILIZADOS DE EFETIVAÇÃO DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Dentro do planejamento sucessório, embora existam muitos instrumentos para sua efetivação, certo é que são três os mais tradicionais e popularmente utilizados o ordenamento jurídico pátrio: a eleição do regime de bens no momento de contrair o casamento ou união estável, a efetivação de atos de disposição patrimonial ainda em vida e a estruturação do testamento. São assim classificados como tradicionais e populares em razão de sua vasta prática consolidada no ordenamento pátrio, bem como sua extensa previsão legal e discussão jurisprudencial.

Considerado um instrumento de planejamento patrimonial, o regime de bens escolhido para o casamento ou união estável, no que tange à seu conteúdo regulatório patrimonial, segundo Carlos Maluf e Adriana Maluf<sup>14</sup> “mostram-se relevantes para a definição da titularidade dos bens e do custeio das despesas familiares; dos critérios para uso, gozo e disponibilidade do acervo comum ou particular de cada consorte”.

Com o advento do Código Civil de 2002, o regime de bens do casamento ou união estável<sup>15</sup> passou a ter uma maior relevância para o direito de sucessões e conseqüentemente para o planejamento sucessório ao passo que determinou a concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido. Conforme a redação literal dos artigos 1.829<sup>16</sup> e 1.640<sup>17</sup> do Código Civil, concorrem com os descendentes o cônjuge sobrevivente, salvo se casado no regime de comunhão universal, em separação obrigatória ou em comunhão parcial sem bens particulares do cônjuge falecido.

Assim, de acordo com os supracitados artigos, haveria concorrência do cônjuge com os descendentes nos casos de participação final dos aquestos, separação convencional de bens e comunhão parcial de bens com bens particulares do cônjuge falecido.

A jurisprudência, no entanto, se debruçou sobre o tema e acendeu intenso debate. Inicialmente, o entendimento de que o regime de bens teria vigência não apenas em vida mas também após a morte, trouxe a escolha do regime como uma importante ferramenta de planejamento sucessório, mas também gerou uma certa confusão entre os contratos de regime de bens e a estipulação de heranças, de forma que vinha a ferir o artigo 426<sup>18</sup> do Código Civil.

<sup>14</sup>MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 238.

<sup>15</sup>Em razão das decisões prolatadas na *ADPF n° 132-RJ* e na *ADI n° 4.277-DF*, os cônjuges e companheiros foram equiparados para fins sucessórios.

<sup>16</sup>BRASIL, op. cit., nota 7

<sup>17</sup>Ibid.

<sup>18</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.

Quanto ao regime de separação convencional de bens, houve controvérsia jurisprudencial. Em um primeiro momento, os tribunais superiores entenderam que o cônjuge supérstite de casamento contraído sob a separação convencional de bens não concorreria com os descendentes, uma vez que o referido regime se enquadraria junto a separação legal como espécies de separação obrigatória de bens<sup>19</sup>.

Posteriormente, o STJ<sup>20</sup> pacificou o entendimento no sentido de que

quem determina a ordem da vocação hereditária é o legislador, que pode construir um sistema para a separação em vida diverso do da separação por morte. E ele o fez, estabelecendo um sistema para a partilha dos bens por causa mortis e outro sistema para a separação em vida decorrente do divórcio. Se a mulher se separa, se divorcia, e o marido morre, ela não herda. Esse é o sistema de partilha em vida. Contudo, se ele vier a morrer durante a união, ela herda porque o Código a elevou à categoria de herdeira. São, como se vê, coisas diferentes. Ademais, se a lei fez algumas ressalvas quanto ao direito de herdar em razão do regime de casamento ser o de comunhão universal ou parcial, ou de separação obrigatória, não fez nenhuma quando o regime escolhido for o de separação de bens não obrigatório, de forma que, nesta hipótese, o cônjuge casado sob tal regime, bem como sob comunhão parcial na qual não haja bens comuns, é exatamente aquele que a lei buscou proteger, pois, em tese, ele ficaria sem quaisquer bens, sem amparo, já que, segundo a regra anterior, além de não herdar (em razão da presença de descendentes) ainda não haveria bens a partilhar. Essa, aliás, é a posição dominante hoje na doutrina nacional, embora não uníssona.

O supracitado entendimento pacificador determinou que os tribunais seguissem o legislador em seus artigos 1.829<sup>21</sup> e 1.640<sup>22</sup> do Código Civil.

De igual modo, houve controvérsia jurisprudencial sobre a possibilidade de o cônjuge supérstite, casado em comunhão parcial de bens com bens particulares do cônjuge falecido, vir a concorrer com os descendentes. Em um primeiro momento ele não poderia vir a concorrer com os descendentes nos bens particulares do cônjuge falecido<sup>23</sup>. No entanto a jurisprudência pacificadora fortalecera o Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil, que entende no sentido de que

o artigo 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em

<sup>19</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 992.749/MS*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5015620&num\\_registro=200702295979&data=20100205&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5015620&num_registro=200702295979&data=20100205&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 10 jun 2020.

<sup>20</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.382.170/SP*. Relator: Min. Moura Ribeiro. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47579809&num\\_registro=201301311977&data=20150526&tipo=2&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47579809&num_registro=201301311977&data=20150526&tipo=2&formato=PDF)> Acesso em: 10 jun. 2020.

<sup>21</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>22</sup>Ibid.

<sup>23</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.117.563/SP*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7683762&num\\_registro=200900097260&data=20100406&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7683762&num_registro=200900097260&data=20100406&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 10 jun. 2020.

que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

Assim, ressalta-se que em ambas as decisões que pacificaram os entendimentos apontam na direção de um enfraquecimento da escolha do regime de bens como instrumento do planejamento sucessório, ao passo que restringe seus efeitos na sucessão.

Outro tradicional instrumento utilizado para o planejamento sucessório é a disposição dos bens ainda em vida, tal como a doação prevista no artigo 538<sup>24</sup> do Código Civil, que deverá, nos termos do artigo 2.018<sup>25</sup> do referido Código, respeitar a legítima dos herdeiros necessários.

Usualmente, os contratos de doação são celebrados na modalidade de doação pura, no entanto, frisa-se que há doações realizadas sob elementos acidentais. Como exemplo, há a doação modal, em que há um ônus a ser cumprido pelo donatário; a doação condicional, cuja eficácia é dependente de evento futuro e incerto; e a doação a termo, na qual sua eficácia é condicionada a evento futuro e certo.<sup>26</sup>

Dentro do instituto da doação<sup>27</sup>, há espécies com elementos variantes. Dentre elas, a doação com reserva de usufruto, prevista no artigo 1.390<sup>28</sup> e seguintes do Código Civil, é um negócio jurídico bilateral no qual se impõe sobre o objeto de doação um direito real. Tal modalidade pode ser utilizada, por exemplo, quando um casal possui um largo patrimônio de imóveis, de forma que, em vida, realiza a doação com usufrutos aos descendentes, evitando assim a inserção dos imóveis nos dois inevitáveis inventários. Desta forma, o casal permanece usufrutuário na posse dos imóveis, a despeito de a propriedade já ter sido transferida.<sup>29</sup>

Outra modalidade de doação que pode instrumentalizar o planejamento sucessório é a doação com cláusula de reversão, prevista no artigo 547<sup>30</sup> do Código Civil. O referido diploma legal permite que o doador estipule o retorno dos bens ao seu patrimônio caso venha

---

<sup>24</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>25</sup>Ibid.

<sup>26</sup>TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. V. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 447.

<sup>27</sup>No que tange à natureza jurídica da doação, já houve controvérsia sobre a unilateralidade ou bilateralidade do contrato de doação. No entanto, a despeito de diferentes respostas no direito estrangeiro, o artigo 539 do Código Civil pátrio elucidou tal questão exigindo a dupla manifestação, de forma que se entende por negócio jurídico bilateral.

<sup>28</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>29</sup>TARTUCE, Flávio. *Planejamento sucessório: mecanismos tradicionais para a sua efetivação*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/7c9d5-planejamento2.docx>>. Acesso em 10 abr.2020.

<sup>30</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.



a sobreviver ao donatário. É possível a conjugação da cláusula de reversão com a de reserva de usufruto, de maneira a complementar o planejamento sucessório.

Ressalta-se, no entanto, que a cláusula de reversão tem natureza personalíssima e não prevalece em favor de terceiro, conforme versa o artigo 547<sup>31</sup> parágrafo único do Código Civil, pois a referida hipótese induziria nulidade absoluta por afronta ao artigo 426<sup>32</sup> do mesmo Código, de forma que é vedada a doação sucessiva.

A doação conjuntiva, por sua vez, é realizada em favor de mais de um donatário. Segundo o artigo 551<sup>33</sup> do Código Civil, salvo estipulação em contrário, a doação em comum a mais de um donatário entende-se distribuída entre elas por igual. Ademais, o parágrafo único estabelece que caso os donatários sejam marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente, de forma que fora estabelecido um direito de acrescer neste caso.<sup>34</sup>

O testamento é um importante e tradicional instrumento de planejamento sucessório. Apesar de o senso comum crer que o objetivo do testamento seja apenas dispor sobre o patrimônio do testador, há a possibilidade de disposição sobre tantas outras finalidades, tais como disposições existenciais, como o destino de material genético, embrião, doação de órgãos e cremação.

Além das referidas cláusulas patrimoniais e extrapatrimoniais já citadas, é possível a inclusão de cláusulas restritivas de propriedade, como as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Assim, é constituído um gravame a fim de restringir o direito de propriedade do beneficiário. O favorecido fica proibido de transferir o objeto do seu direito, total ou parcialmente, tornando-o indisponível a título gratuito ou oneroso, implicando, assim, na presença de um disponente e de um beneficiário, já que não se admite ser imposta pelo próprio dominus em bem de que é titular em seu exclusivo benefício.

### 3. A CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE EM DOAÇÃO DE BEM IMÓVEL COMO INSTRUMENTO DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Um dos mais tradicionais instrumentos do planejamento sucessório é o instituto da doação, utilizado pelo planejador quando lhe agrada ainda em vida distribuir certos bens. Por outro lado, o testamento é utilizado para realizar tal transferência de patrimônio somente após a morte do planejador. Em ambos os casos, é possível a imposição das chamadas cláusulas de

---

<sup>31</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>32</sup>Ibid.

<sup>33</sup>Ibid.

<sup>34</sup>TARTUCE, op. cit., nota 29.



restritivas da propriedade, as quais são as seguintes: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Enquanto no Código Civil de 1916<sup>35</sup> seu art 1.676<sup>36</sup> possibilitava a aplicação e utilização da cláusula de inalienabilidade de forma livre, o Código Civil de 2002 em seu art 1.848<sup>37</sup> exigiu uma razoável justificativa para tal. Com o advento do Código Civil de 2002, os testamentos realizados anteriormente gozaram de um ano de prazo para se adequar às novas normas instituídas, como o caso da justa causa para a cláusula de inalienabilidade, conforme o art 2.042<sup>38</sup> do novo Código.<sup>39</sup>

Assim, a despeito de a cláusula de inalienabilidade sob a égide do Código Civil de 1916 ter sido operada de forma ampla e irrestrita, ou seja, sem a possibilidade de cancelamento pelo donatário, de forma que retirava do proprietário os plenos poderes sobre o imóvel doado, no Código Civil de 2002, sob a ótica do STJ, a cláusula pode ser cancelada conforme o REsp nº 1.631.278 – PR<sup>40</sup>.

A cláusula de inalienabilidade presente em doação por vontade do doador impede que o donatário venha a dispor da propriedade recebida, ou seja, apesar de ser o proprietário do bem, não possui a faculdade de alienar. No entanto, atualmente, a limitação advinda da cláusula de inalienabilidade deve ser justificada, conforme o art 1.848<sup>41</sup> do Código Civil. Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery<sup>42</sup>,

o CC 1848 estabelece a possibilidade de o bem da legítima ser gravado pelo testador com cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, excepcionalmente: apenas incide quando exista justa causa. Em outras palavras, o que determina a validade da cláusula não é mais a vontade indiscriminada do testador, mas a existência de justa causa para a restrição imposta voluntariamente pelo testador. Pode ser considerada justa causa a prodigalidade, ou a incapacidade por doença mental, que diminuindo o discernimento do herdeiro, torna provável que esse dilapide a herança.

A “justa causa” de que trata o referido artigo, no entanto, possui um conceito aberto e subjetivo, passível de diferentes interpretações jurisprudenciais e doutrinárias.

---

<sup>35</sup>Ibid.

<sup>36</sup>Ibid.

<sup>37</sup>Ibid.

<sup>38</sup>Ibid.

<sup>39</sup>PEREIRA, op. cit., p. 197-202.

<sup>40</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.631.278 - PR*. Relator: Ministro Paulo de Tarso. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/ramosdedireito/informativo\\_ramos\\_2019.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ramosdedireito/informativo_ramos_2019.pdf)>. Acesso em: 01 mai. 2020.

<sup>41</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>42</sup>NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código Civil Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.580-1.581.

A despeito de, em alguns casos, a cláusula de inalienabilidade se mostrar necessária e útil, como o caso em que os ascendentes doam o imóvel em vida com reserva de usufruto e cláusula de inalienabilidade, há casos em que ela acaba prejudicando a prima vontade do doador e prejudicando o donatário com a impossibilidade de alienação do bem.

Isso ocorre, por exemplo, quando após o falecimento do doador, o imóvel precisa de reformas e o donatário não possui recursos para tal. No caso, o ideal seria que a cláusula fosse revogada para que o donatário pudesse adquirir outro bem, ou mesmo se desincumbir do ônus de manutenção mínima do imóvel.

Assim, percebe-se que apesar de a cláusula de inalienabilidade ter como fim a restrição da alienação para garantir um patrimônio mínimo ao donatário, nem sempre essa é a melhor maneira, ou a mais segura, de garantir um patrimônio mínimo.

A impossibilidade de alienação poderá não garantir a subsistência do donatário, seja porque o bem lhe traz algum tipo de dispêndio ou mesmo por impedir a utilização do patrimônio para obter maiores vantagens, de forma que o bem acaba se assumindo um status “antieconômico” para o donatário.

Nesse sentido, Silvio Rodrigues<sup>43</sup> entende que a cláusula de inalienabilidade pode trazer inconveniência ao donatário. Isso porque ela possibilita ao doador a faculdade de restringir o bem durante um tempo que acaba por prejudicar o cunho protetional da cláusula, que passa a ser prejudicial ao donatário, que teve seu direito de propriedade restringido.

Ademais, a referida cláusula não só passa a ser prejudicial com a restrição da propriedade por longos períodos sem justificativa, como também retira do mercado bens que poderiam estar circulando e produzindo riqueza.

Quando da doação, a indisponibilidade presente na cláusula pode ser cancelada mediante acordo entre o doador e o donatário, ou seja, ela é revogável, de forma que o bem doado poderá ser liberado do gravame. Assim, pode-se concluir que no caso da doação com cláusula de inalienabilidade, o doador mantém um poder sobre a coisa, considerando a possibilidade de revogação da cláusula mediante acordo.

Por outro lado, caso o donatário queira se ver livre da causa, pode realizar o requerimento judicial de sua revogação, demonstrando o prejuízo na manutenção da cláusula sobre o imóvel, conforme entendimento jurisprudencial das cortes superiores.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup>RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 129.

<sup>44</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.631.278 – PR. Relator: Min. Paulo Sanseverino. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92338744&n\\_um\\_registro=201602658931&data=20190329&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92338744&n_um_registro=201602658931&data=20190329&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 10 jun. 2020.





O art 1.911<sup>45</sup>, §único, do Código Civil instituiu uma possibilidade de mitigar o gravame e no qual por meio de uma autorização judicial pode ser realizada a venda do bem gravado, com a condição de que o valor da alienação seja revertido para a compra de outros bens, os quais serão gravados da mesma forma.

Ademais, o gravame poderá ser cancelado se for demonstrado em juízo que a cláusula restritiva da propriedade estiver causando ônus para o donatário ou legatário. Assim entende o STJ no REsp nº 1.631.278 – PR<sup>46</sup>, no qual o Tribunal admite o cancelamento da cláusula de inalienabilidade nas hipóteses em que a restrição, em vez de cumprir sua função de garantia de patrimônio aos descendentes, representar lesão aos seus interesses.

No referido julgado, o Tribunal entendeu que nos casos de doação, em que o patrimônio do ascendente é passado ao descendente por ato *inter vivos*, além de incidir o adiantamento da legítima, após a morte do doador o bem doado passa a constituir a legítima propriamente dita.

Destarte, após a morte do doador, não se mostrando necessária a manutenção da cláusula de inalienabilidade por uma justa causa, incide *in casu* o art 1.848<sup>47</sup> do Código Civil, pelo qual a ausência de justa causa revoga a referida cláusula. Isso porque, nessa situação, não se mostra razoável a manutenção de limitação da propriedade, de forma que o donatário passa a ter o plenipotenciário exercício da propriedade sobre o imóvel.

Assim, exemplifica-se a necessidade de planejamento sucessório, de forma a levar em conta não apenas as leis aplicáveis aos institutos utilizados, como também a jurisprudência vigente à época e as possíveis demandas *post mortem*.

## CONCLUSÃO

A concretização do planejamento sucessório, dentro do contexto da constitucionalização do direito privado e seus instrumentos mais tradicionais são importantes ferramentas de efetivação da vontade do *de cuius* na disposição de seu patrimônio para além de sua vida.

Ressalta-se que os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais discutem os princípios gerais do planejamento sucessório, seus limites, principais instrumentos e a possibilidade de quebra da cláusula de inalienabilidade de bens imóveis.

---

<sup>45</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>46</sup>BRASIL, op. cit., nota 45.

<sup>47</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.



A CRFB/88 estabelece em seu o artigo 5º, XXX que a herança, a sucessão *causa mortis*, é um direito fundamental, corolário do direito à propriedade e do próprio direito à liberdade, de forma que é garantido ao sujeito de direitos a possibilidade de dispor de seu patrimônio para além vida, por livre vontade, dentro dos limites legais. Assim, os bens do *de cujus* são transmitidos aos seus sucessores e legatários, conforme sua vontade em vida e dentro dos termos legais.

O planejamento sucessório seria, então, o instrumento que integra os ditames legais e a vontade do *de cujus* em relação a disposição de seu patrimônio, considerado em suas particularidades.

Ninguém melhor do que o próprio sujeito que conquistou seu patrimônio para dar a eles a melhor destinação possível, de forma que o planejamento sucessório auxilia na tarefa de distribuir, minimizar os gastos, maximizar a celeridade e, principalmente, manter o patrimônio e conservar os bens integrantes da sucessão.

Dentre os principais e popularizados instrumentos do planejamento sucessório, tais como o testamento e a escolha do regime de bens, a cláusula de inalienabilidade é comumente utilizada pelo planejador de forma a designar seu patrimônio como bem entender melhor, para seu *post mortem*.

Atualmente, há uma controvérsia doutrinária sobre a possibilidade de quebra da referida cláusula de inalienabilidade imposta sobre bem móvel, o que viria a desnaturalizar sua função primordial de garantia de patrimônio mínimo.

No entanto, o STF já se posicionou no sentido da possibilidade de cancelamento da cláusula de inalienabilidade de imóvel após a morte dos doadores, se não houver justa causa para a manutenção da restrição ao direito de propriedade.

Isso porque a doação entre ascendente e descendente bem como a instituição de cláusula de inalienabilidade, devem ser interpretadas conforme o artigo 1.848 do CC, ou seja, é necessária a causa justa para instituir a referida restrição ao direito de propriedade.

Assim, exemplifica-se a necessidade de fortalecimento e disseminação da prática do planejamento sucessório, de forma a possibilitar uma sucessão patrimonial mais célere e protetiva do patrimônio em si, e evitar litígios e a judicialização desnecessária. No entanto, o agente deve levar em conta não apenas as leis aplicáveis aos institutos utilizados, como também a jurisprudência a eles relacionados vigente à época e a possibilidade de modificações do desenho no núcleo familiar em questão.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406/2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 992.749/MS*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5015620&num\\_registro=200702295979&data=20100205&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5015620&num_registro=200702295979&data=20100205&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 10 jun 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.382.170/SP*. Relator: Min. Moura Ribeiro. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47579809&num\\_registro=201301311977&data=20150526&tipo=2&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47579809&num_registro=201301311977&data=20150526&tipo=2&formato=PDF)> Acesso em: 10 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.117.563/SP*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7683762&num\\_registro=200900097260&data=20100406&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7683762&num_registro=200900097260&data=20100406&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 10 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.631.278/PR*. Relator: Ministro Paulo de Tarso. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/ramosdedireito/informativo\\_ramos\\_2019.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ramosdedireito/informativo_ramos_2019.pdf)>. Acesso em: 01 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.631.278/PR*. Relator: Min. Paulo Sanseverino. Disponível em :<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92338744&num\\_registro=201602658931&data=20190329&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92338744&num_registro=201602658931&data=20190329&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 10 jun. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões*. V VII. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código Civil Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. V. VI. 55. ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2002.



TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. V. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flavio. *Planejamento sucessório: mecanismos tradicionais para a sua efetivação*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/7c9d5-planejamento2.docx>>. Acesso em: 10 abr.2020.

TEIXEIRA, Daniele. *Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório*. In: *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.



## A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELO ABANDONO DO IDOSO E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS

Paula Mara Ferreira Dos Santos

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá de Queimados. Advogada.

**Resumo** – a responsabilização e a reparação por danos morais em decorrência do abandono do idoso se faz necessária, pois, esse tipo de situação tem sido cada vez mais recorrente pelo mundo. Partindo desses pressupostos, este trabalho tem por finalidade principal debater sobre o abandono, além de refletir sobre os direitos deles, a segurança que esses direitos proporcionam, bem como as medidas jurídicas a serem tomadas para coibir essa forma de violência tão impactante psicologicamente na vida deles. Sendo assim, o trabalho irá explicar sobre a responsabilização civil no caso do abandono do idoso e a possibilidade de indenização por dano moral, além dos entendimentos jurisprudências e doutrinários a respeito do assunto, dando enfoque na responsabilização dos filhos ou do responsável pelo idoso.

**Palavras-chave** - Direito Civil. Abandono do idoso. Responsabilidade civil. Dano Moral

**Sumário** - Introdução. 1. O Abandono na velhice e seus impactos na vida do idoso. 2. A responsabilização Civil e a possibilidade de reparação por danos morais. 3. As medidas Cabíveis e os órgãos fiscalizadores. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como proposta abordar sobre a responsabilização civil pelo abandono do idoso e a possibilidade de reparação por danos morais.

Nos últimos anos tem se observado o recrudescimento de casos de abandono de pessoa idosa, por conta disso se fazem necessárias medidas mais rígidas para que seja inibida a prática desses atos.

O abandono fica configurado quando o responsável pelo idoso ou até mesmo os filhos, não proveem condições mínimas para que essa pessoa possa viver com dignidade e tenha cuidados necessários à preservação da vida, sem ter um acompanhamento necessário, geralmente largando-os em hospitais, asilos ou até mesmo em casa e não contam com nenhum amparo, ficando privadas de condições básicas para a existência

Esses casos devem ser punidos com mais rigor, pois, o abandono caracteriza uma afronta à dignidade da pessoa humana e viola o estatuto do idoso e outras leis do ordenamento jurídico brasileiro.

No primeiro capítulo será caracterizado o abandono do idoso e o impacto que isso pode



causar na vida diária dessas pessoas, como também serão identificados os dispositivos legais aplicáveis ao caso, pois a legislação vigente traz uma série de direitos e deveres para a família e sociedade com relação à proteção do idoso, com isso, serão abordados também os entendimentos doutrinários relevantes para à compreensão do tema.

Ademais, o segundo capítulo aborda a possibilidade de responsabilização civil e a possibilidade de reparação por danos morais nos casos de abandono de pessoa idosa e os princípios fundamentais que estão sendo violados com a prática deste ato. O objetivo da aplicação do dano moral é restituir um equilíbrio moral e patrimonial que foi violado por conta de uma conduta que causou danos a vítima e isso não tira a dor de quem foi lesado, ela apenas tenta ameniza a dor sofrida.

Postas essas questões e com o intuito de contribuir com o debate em tela, o último capítulo propõe-se à análise sobre as medidas que devem ser tomadas quando ficar comprovado a ocorrência do abandono, como também os órgãos que tem a competência de realizar a fiscalização nesses casos.

O Código Civil, o Estatuto do Idoso e a Constituição Federal também garantem total amparo aos idosos, fornecendo dispositivos normativos para preservação dos direitos e garantia da dignidade dos idosos.

A metodologia aplicada na elaboração do presente artigo é pesquisa de natureza qualitativa, pois, como base foram utilizadas doutrinas, jurisprudências, *internet* e pesquisas de julgados, para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a tese sobre a responsabilização civil e a reparação por danos morais no abandono do idoso.

## 1.0 ABANDONO NA VELHICE E SEUS IMPACTOS NA VIDA DO IDOSO

O Estatuto do idoso em seu artigo 1<sup>o</sup> fornece o conceito de idoso: “ idoso é toda pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, este é o conceito de idosos que traz o estatuto”.

Como se sabe, a pessoa quando chega na velhice, precisa se sentir amada, cuidada e também seu corpo precisa de ter cuidados muito especiais por estar já fadigado em virtude dos anos que se passaram, então se faz necessário que se tenha muito mais cuidado e atenção.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Estatuto do idoso*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 29 set. 2019.



Melissa Viana Pérola Braga diz que, para se definir se a pessoa é idosa a idade não é tão importante, mas sim as condições físicas e psíquicas:

O cronológico define como idoso a pessoa que tem mais idade do que um certo limite preestabelecido. Por se tratar de um critério objetivo, de fácil verificação concreta, geralmente é adotado pelas legislações, como, por exemplo, a que trata da aposentadoria por idade... Pelo critério psicobiológico deve-se buscar uma avaliação individualizada da pessoa, ou seja, seu condicionamento psicológico e fisiológico, logo, importante não é a sua faixa etária, mas sim as condições físicas em que está o seu organismo e as condições psíquicas de sua mente. <sup>2</sup>

Tecnicamente, o abandono realizado contra uma pessoa idosa pode ser o abandono afetivo, afetivo inverso e também material, e todas essas espécies trazem danos psicológicos irreparáveis à vida de uma pessoa idosa como sofrimento, vontade de sempre se manter isolada.

Além disso, viver em condições precárias é muito prejudicial para a saúde, inclusive para uma pessoa idosa, pois a essa altura da vida elas já contam com limitações por sua idade e se sabe que muito idoso é largado a própria “sorte”, visto que quem deveria zelar pelo seu bem-estar não está disposto a fazer, e com isso resta configurado uma grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa feita, o abandono afetivo se caracteriza quando há inexistência ou fragilidade de laço afetivo e a falta do convívio do idoso com a sua família e amigos.

Deve ainda ser pontuado que a constituição estabelece que ninguém deve ser abandonada quando atingir a velhice e a legislação corrobora com isso, com a criação da Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003 que é conhecida como estatuto do idoso.

Nesta esteira, é assegurado com absoluta prioridade a pessoa idosa o direito à vida, saúde, dignidade, etc., conforme dispõe o artigo 3º da Lei n.º 10741/03<sup>3</sup>, porém não é o que tem sido respeitado no decorrer dos anos:

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

No entanto, o primeiro que deve se responsabilizar pelo idoso é a sua família, pois, esta deve zelar pelo cuidado e a manutenção de uma vida digna para o idoso, pois, conforme disse a Ministra Nancy Andrighi em um de seus julgados: "amar é uma faculdade, mas, cuidar

<sup>2</sup> BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011. p.3.

<sup>3</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

é um dever”.<sup>4</sup>

Contudo, é comum, nessa idade, o abandono inverso, que é a falta de afeto e cuidado dos filhos para com seus pais e a ausência de afeto e cuidado pode gerar indenização, em decorrência do abalo psicológico causado, conforme previsto no artigo 229 da Constituição federal<sup>5</sup> é dever dos filhos amparar seus pais na velhice.

Nesse sentido, o abandono afetivo inverso seria uma forma de violência grave contra o idoso conforme vemos no trecho a seguir:

Entende-se por abandono afetivo inverso a falta de cuidar permanente, o desprezo, desrespeito, inação do amor, a indiferença filial para com os genitores, em regra, idosos. Esta espécie de abandono constitui violência na sua forma mais gravosa contra o idoso. Mais do que a física ou financeira, a omissão afetiva do idoso reflete uma negação de vida, o qual lhe subtrai a perspectiva de viver com qualidade. Pior ainda é saber que esta violência ocorre no seio familiar, ou seja, no território que ele deveria ser protegido, e não onde se constitui as mais severas agressões.<sup>6</sup>

No tocante ao abandono material este deriva da omissão em prestar o devido amparo para que o idoso tenha sua subsistência de vida digna resguardada.

Observa-se que em decorrência do princípio da solidariedade todos devem se responsabilizar pelos cuidados e manutenção do idoso, então a entidade familiar se assume como solidária ao dever objetivo de cuidado e de prestar assistência ao idoso.

Maria Berenice Dias menciona que uma das grandes novidades do estatuto do idoso é no tocante a responsabilização do Estado de prover o sustento do idoso:

Dignificadoras as novidades introduzidas pelo Estatuto do Idoso sobre o tema alimentos. Na ausência de condições do idoso bem como de seus familiares de lhe proverem o sustento, a obrigação é imposta ao poder público, no âmbito da assistência social (EI 14). Trata-se do dever de amparo, nada mais do que a obrigação do Estado de lhe prestar alimentos. Aliás, o valor dos alimentos – pelo menos a quem tem mais de 65 anos – está previamente definido: um salário mínimo mensal (EI 34)88 .<sup>7</sup>

Desta forma, o abandono deixa marcas profundas e muitas das vezes irreversíveis no

<sup>4</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n° 1.159.242 SP 2009/0193701-9*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 10/05/2012. STJ 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200901937019](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901937019)>. Acesso em: 29 set. 2019.

<sup>5</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 29 set. 2019.

<sup>6</sup> SILVA, Lilian et al. *Responsabilidade civil dos filhos com relação aos pais idosos*: abandono material e afetivo. Lex.com.br. Disponível em:

[http://www.lex.com.br/doutrina\\_24230664\\_RESPONSABILIDADE\\_CIVIL\\_DOS\\_FILHOS\\_COM\\_RELACAO\\_AOS\\_PAIS\\_IDOSOS\\_ABANDONO\\_MATERIAL\\_E\\_AFETIVO.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx) . Acesso em: 29 out. 2019

<sup>7</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo, 2007. p. 415.





indivíduo, causando sequelas irreparáveis no idoso, que acaba se isolando cada vez mais do convívio social e rompendo todo o laço afetivo com sua família.

Ademais, existe um dever de cuidado imposto à família, como também há um dever determinado pelo respeito e pelo afeto dos laços familiares que independem de competência, que não necessitam de regulamentação.

O ordenamento jurídico não traz e nem poderia prever ser obrigatório um sentimento recíproco de afeto entre os filhos com seus pais, ou vice e versa, não se pode obrigar ninguém a amar, mais nosso regramento traz algumas regras básicas de manutenção do indivíduo, por conta disso que a responsabilidade para cuidar e fiscalizar a vida de uma pessoa idosa e de competência comum, cabendo a todos zelarem pelo seu bem-estar.

Faz-se evidente a vulnerabilidade do idoso, por isso se visa uma proteção mais rigorosa para os casos de abandono, pois sabemos que muitos vivem de forma precária e muitas das vezes quem deveria zelar pelo seu bem não o faz.

Assim, o abandono, por ser um ato considerado grave, pode acarretar responsabilizações criminais, mais é notório que nossa sociedade pouco se importa com a manutenção de uma vida saudável para o idoso.

## 2. A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS NO ABANDONO DO IDOSO E OS PRINCÍPIOS VIOLADOS COM A PRÁTICA DESTE ATO

A responsabilização civil está prevista no artigo 927 do código civil que diz de forma expressa que quem comete ato ilícito, seja por omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viole direito e cause danos a outrem, ainda que exclusivamente moral, tem o dever de reparar.

No mesmo sentido o código civil 2002 <sup>8</sup>diz que:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>8</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 15 abr. 2020.



Com isso, para que se possa falar em responsabilidade, deve existir um nexo de causalidade entre o ato ilícito, a conduta (ação ou omissão) e o dano.

Todavia, a conduta nada mais é do que a vontade do agente e para que esta conduta gere o dever de indenizar ela deve infringir um dever legal, sendo então um comportamento voluntário que transgrida um dever.

Assim, o dano é a lesão a um direito, podendo esta lesão ser patrimonial ou moral, a lesão patrimonial é a que afeta diretamente ao patrimônio da vítima, já a lesão moral é a que afeta o direito da personalidade do indivíduo.

Segundo o doutrinador Sérgio Cavalieri Filho, "os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens que integram os bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral"<sup>9</sup>.

Já o nexo de causalidade é o liame que liga a conduta e o dono, ou seja, é a comprovação da existência do dano efetivo em virtude da ação voluntária, causada pela negligência ou imprudência daquele que causou o dano.

Porém, a responsabilidade civil tem como objetivo restituir um equilíbrio moral e patrimonial que foi violado por conta de uma conduta que causou danos à vítima. Segundo Maria Helena Diniz "a responsabilidade civil limita-se à reparação do dano causado a outrem, desfazendo, tanto quanto possível, seus efeitos, e restituindo o prejudicado ao estado anterior"<sup>10</sup>.

Dessa forma, violado o dever jurídico de cuidado e a manutenção de uma vida saudável e digna da pessoa idosa, nasce a responsabilidade civil de se repararem os prejuízos decorrentes da violação desses deveres originários e que são garantidos na Constituição Federal, no Estatuto do idoso e no Código Civil.

No tocante aos danos morais, este consiste no fato de a vítima ter sofrido uma lesão em seu bem jurídico, como também terem sido feridos os seus direitos inerentes sua personalidade, sendo capaz de provocar abalo, tristeza ou outra reação intensa e duradoura, que pode romper o equilíbrio psicológico, a dignidade e a liberdade da pessoa idosa.

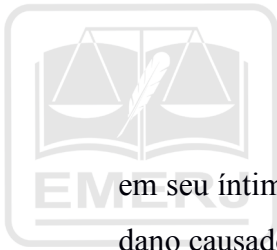
Diante do exposto, o dano moral tem por base o conceito de que a moral de um ser humano é como um bem jurídico <sup>11</sup>. Quando essa moral sofre um ataque e a pessoa é lesionada

---

<sup>9</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 80.

<sup>10</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 7.

<sup>11</sup> Bem Jurídico é o interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo que,



em seu íntimo, gerando com isso o dano, neste caso haveria uma necessidade de reparação do dano causado.

Maria Berenice também entende da mesma forma: “a busca pela indenização por dano moral transformou-se na panaceia para todos os males. Vislumbra-se o abalo moral diante de qualquer fato que possa gerar algum desconforto, aflição, apreensão ou dissabor”<sup>12</sup>.

Note-se, assim, que a reparação por dano moral tenta amenizar e compensar o sofrimento da vítima, tendo como enfoque fortalecer o respeito e a dignidade para o idoso, uma vez que o dano moral não é materializado, mas deve ser efetivo.

Segundo leciona o Arnaldo Rizzardo <sup>13</sup>:

Dano moral, ou não patrimonial, ou ainda extrapatrimonial, é aquele que atinge a honra, a paz, a reputação, a tranquilidade de espírito e o indivíduo como ser humano, sem atingir a esfera patrimonial, os bens do indivíduo ou sua integridade física. Evidencia-se na dor, na angustia, no sofrimento, no desprestígio, no descrédito, no desequilíbrio da normalidade psíquica, na depressão, etc.

De fato, o abandono do idoso causa na vítima, prejuízos psicológicos irreparáveis, por conta disto que a indenização não tem o objetivo de restituir o amor e o afeto, mais sim amenizar todos os danos que a vítima tenha sofrido.

Conforme disse a Ministra Nancy Andrihgi<sup>14</sup> em um de seus julgados, que a falta de cuidado serve como base para a aplicação de indenização por danos morais, por afronta ao princípio da afetividade e entendeu também que os filhos têm o dever de cuidar de seus pais e que a violação deste dever acarretar o direito a indenização.

Então a responsabilidade por danos morais nas relações familiares deve ser analisada de forma casuística, pois, as relações familiares são compostas de momentos bons e ruins, então se faz necessária a apresentação de provas sólidas do abandono afetivo para fins de indenização, em virtude de todos os sentimentos que envolvem.

Dessa maneira, o dano moral recai contra a pessoa, atingindo o que ela é em sua profundidade e com isso a obrigação de reparar é a consequência do dano que o abandono causa no idoso, sendo, dispensável a prova do prejuízo.

---

quando apresenta grande significação social, pode e deve ser protegido juridicamente.

<sup>12</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, 2009, p. 116.

<sup>13</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5.ed. Rio de Janeiro, 2011, p. 232.

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº1.159.242 SP 2009/0193701-9*. Relator: Ministra Nancy Andrihgi. DJ: 10/05/2012. STJ 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200901937019](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901937019)>. Acesso em: 15 abr. 2020.



Com relação aos princípios violados, o abandono do idoso viola os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e o da solidariedade. Sabe-se que os princípios são a base para todas as coisas e eles são um conjunto de definições ou preceitos utilizados para nortear o ser humano. São verdades universais, ou seja, aquilo que o homem acredita como um dos seus valores inegociáveis.

O Princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal diz: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.<sup>15</sup>

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana constitui a base do direito de família, e ela garante o pleno desenvolvimento e a boa convivência familiar, para a pessoa idosa. Sendo um direito inviolável que deve ser protegido por todos os poderes estatais e está vinculada à noção de direitos fundamentais.

No mesmo sentido menciona Ana Carolina Brochado afirmando que “a dignidade é o marco jurídico que se constitui no núcleo fundamental do sistema jurídico brasileiro dos direitos fundamentais, significa que o ser humano é um valor em si mesmo, e não um meio para alcançar outros fins.”<sup>16</sup>.

É inegável que o princípio da afetividade é de suma importância e deve estar sempre presente nas relações familiares, pois, todos nós precisamos de amor, atenção e carinho, sendo importante para todo e qualquer ser humano.

Ademais, o princípio da afetividade é decorrente do princípio da dignidade, sendo um dever de cuidado, de respeito e de manutenção dos laços familiares com a pessoa idosa. Apesar de não ser um princípio expresso é possível encontrá-lo de forma implícita nos artigos 1.593 e 1.596, ambos do CC/2002.

Já o princípio da solidariedade é muito bem explicado por Tiago Fensterseifer quando diz que “a solidariedade expressa a necessidade fundamental de coexistência do ser humano em um corpo social, formatando a teia de relações intersubjetivas e sociais que se traçam no espaço da comunidade estatal”<sup>17</sup>.

---

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

<sup>16</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 61.

<sup>17</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental de direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico constitucional. *Direitos Fundamentais e Justiça: Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e*



Este princípio da solidariedade é muito bem aplicado no caso do abandono do idoso, pelo fato do idoso estar na condição de parte mais vulnerável nas relações familiares.

Dessa forma, resta evidente a importância dos princípios mencionados, pois violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma e traz a força normativa necessária para servir de fundamento para a decisão judicial no caso concreto analisado.

### 3. AS MEDIDAS CABÍVEIS E OS ÓRGÃOS COMPETENTES PARA FISCALIZAR OS CASOS DE ABANDONO DO IDOSO

A Lei n.º 8.842/ 1994 <sup>18</sup> dispõe sobre a política nacional do idoso e cria o Conselho Nacional do idoso, visando sempre assegurar, resguardar os direitos sociais da pessoa idosa, para lhe dar condições de ter autonomia, integração e participação efetiva na sociedade de forma justa e igualitária.

Com o intuito de criar uma mobilização mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Rede Internacional de Prevenção à Violência à Pessoa Idosa intitulou o dia 15 de junho como o dia mundial de conscientização da violência contra a pessoa idosa, com a finalidade de conscientizar as pessoas para que não aceitem nenhum tipo de violência, crueldade, negligência, discriminação ou opressão, sendo esta data lembrada desde 2006.

Desse modo, o processo de envelhecimento traz consigo uma carga muito grande, tanto emocional quanto físico à pessoa idosa em sua maioria carrega um sentimento de angústia, abandono, medo, dentre outras coisas mais. Mascaro <sup>19</sup> diz que:

Ao lado do receio do envelhecimento biológico, com suas perdas e limitações naturais e a ideia da proximidade da morte, sentimos também angústia ao pensar nessa fase da vida, em função das dificuldades econômicas e desigualdades sociais de um grande número de idosos brasileiros, e da existência de muitos estereótipos e preconceitos relacionados ao processo de envelhecimento, à fase da velhice e aos idosos.

As medidas de proteção à pessoa idosa devem ser sempre aplicada quando se identificar ameaça ou violação aos direitos do idoso, elas encontram previsão no artigo 45 da Lei n.º 10.741/ 03 e podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa e considerarão os fins sociais a que se destinam e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

---

*Doutorado em Direito da PUCRS, Porto Alegre, n. 2, p. 132-157, jan./mar,2008. p. 151.*

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>19</sup> MASCARO, Sonia de Amorim. *O que é a velhice*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p.8.

No mesmo sentido dispõe o artigo 43 do Estatuto do idoso<sup>20</sup>:

Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:  
I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;  
II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;  
III – em razão de sua condição pessoal.

O artigo 45<sup>21</sup> do Estatuto possui um rol exemplificativo, ou seja, podem ser aplicadas medidas diversas da prevista no dito artigo.

Art. 45. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:  
I – encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;  
III – requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;  
IV – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;  
V – abrigo em entidade;  
VI – abrigo temporário.

Todavia, essas medidas objetivam garantir que o idoso tenha uma boa qualidade de vida e para proteger os direitos inerentes à sua personalidade, para que ninguém venha lhe causar nenhum mal ou submetê-lo a situação que configurem ameaças ou violação aos direitos esculpidos no Estatuto do idoso, na Constituição Federal e até mesmo no Código Civil.

No tocante à competência para realizar a fiscalização nos casos do abandono o artigo 7º do estatuto do idoso diz que compete aos Conselhos nacional, estaduais, do Distrito Federal e municipais a supervisão, o acompanhamento, a fiscalização e a avaliação da política nacional do idoso, no âmbito das respectivas instâncias político-administrativas.

Então, o familiar que abandonar uma pessoa idosa pode além de sofrer as sanções civis, sofrer também sanções penais. Quando isso ocorre, o agente responderá por dois tipos distintos de processo, por se tratar de jurisdições diferentes.

Cabe ao Estado realizar políticas públicas que visem reparar a injustiça social sofrida pelos idosos, devendo criar leis e programas que auxiliem no cuidado à população idosa, para que assim, seja dada a devida importância a ambas parcelas da população brasileira, com intuito de mitigar a problemática, o poder legislativo deverá efetuar fiscalizações, em parcerias com

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>21</sup> Ibid.



estados e municípios.

Ressalta-se que, quem abandonar o idoso, deixando de lhe prestar assistência, não lhes proporcionando os recursos necessários para uma vida digna, pode sofrer detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País, conforme dispõe o artigo 244 do CP, essas medidas são necessárias para mitigar essa problemática.

Cabe ainda ressaltar que todo e qualquer cidadão ao ter conhecimento da existência de abandono, maus tratos, bem como todo qualquer ato de crueldade contra uma pessoa idosa, deve realizar a denúncia por meio dos órgãos públicos de seu município ou estado, como também por meio do disque 100 ou pelo site da ouvidoria nacional dos direitos humanos.

O disque 100 atende 24h por dia e as ligações para este número são gratuitas, no momento do atendimento se faz necessário que o denunciante forneça algumas informações importantes, como: o nome da vítima, o tipo de violência que ela sofre, quem é o autor da violência, o endereço, a frequência, como é praticada e o horário que ocorre.

É notório que nos dias atuais as pessoas têm vivido por mais tempo, ou seja, tem aumentado de forma considerável o número de pessoas idosas em nossa sociedade, a tendência é esse número aumentar cada vez mais, então é de extrema urgência que sejam elaboradas medidas mais rigorosas para o enfrentamento do abandono do idoso.

O art. 50, XVI do Estatuto do idoso <sup>22</sup> prevê ser da obrigação das entidades de atendimento, comunicar ao Ministério público, os casos de abandono do idoso, seja o abandono moral ou material por parte dos familiares, para que o Ministério público tome as providências cabíveis ao caso.

Ademais, o Estatuto do idoso prevê a notificação dos órgãos como o Conselho do Idoso e a Delegacia de Polícia, para que seja garantida a proteção da pessoa idosa e também para que ocorra a responsabilização de quem viole qualquer direito do idoso, com isso esses órgãos devem atuar de forma a auxiliar o cumprimento da lei.

## CONCLUSÃO

Com a realização desta pesquisa foi possível concluir que o abandono do idoso acarreta sequelas na vida da vítima, por isso o cuidado com as pessoas idosas é algo que deve ser cada

---

<sup>22</sup> Ibid.

dia mais valorado e os danos que podem ser causados minimizados o máximo possível.

Com o efeito, a responsabilização civil e o cabimento do dano moral têm por base o conceito de que a moral de um ser humano é considerada como um bem jurídico e quando essa moral sofre um ataque, lesiona o ser em seu íntimo, gerando o dano. Com isso, há uma necessidade de reparação do dano que foi causado, pois, não se pode admitir a prática do abandono do idoso.

Mas fundamentalmente a convivência familiar é um direito primordial de todos, por isso o Poder Judiciário tem uma função importante no combate a essa prática, uma vez que é o juiz a pessoa que pode influenciar de forma profunda no seio familiar, visto não possuir envolvimento emocional com a família em contenda, devendo então interferir na relação de abuso moral entre abandonador e abandonado.

Outrossim, há diversos julgados, condenando familiares que falta com o dever de cuidado, manutenção, amparo, zelo em relação ao idoso, pois, além de ser um ato inaceitável é crime no ordenamento jurídico, podendo ter punições severas para o agente e a responsabilização por meio da ação de indenização a vítima, pois afronta à garantia da preservação dos deveres de assistir e cuidar, bem como de ter um vida digna e saudável.

Nesse contexto, resta claro que o abandono do idoso causa na vítima, prejuízos psicológicos irreparáveis, por conta disto que a indenização não tem o objetivo de restituir o amor e o afeto, mas sim amenizar todos os danos que a vítima possa ter tido.

Ademais, não é concebível qualquer violação aos direitos do idoso e aos princípios insculpidos na Constituição Federal, e o abandono do idoso viola os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e o da solidariedade e sabemos que os princípios são a base para todas as coisas de forma que, se houver violação, esta vítima poderá ser indenizada.

Contudo, se ficar comprovada a ocorrência do abandono do idoso o responsável pelo abandono poderá sofrer sanções tanto na esfera civil, como também na esfera criminal, devendo as punições serem eficientes para garantir a segurança, o acolhimento de tal grupo social.

Desse modo, o Estado além de punir indivíduos que abandonam incapazes, o poder público precisa estimular a integração dessas minorias, sendo seu dever priorizar o bem-estar social do idoso, além de promover um sistema de fiscalização e punição eficiente e elaborar campanhas que conscientizem as pessoas sobre a importância do apoio aos idosos, a fim de erradicar os números de casos de violência e abandono que existe.

Cabe destacar, ainda, que o ordenamento jurídico brasileiro, não traz e nem poderia





tornar obrigatório um sentimento recíproco de afeto entre os filhos com seus pais, ou vice e versa, pois, não se pode obrigar ninguém a amar, mas o ordenamento traz algumas regras básicas para a manutenção da pessoa humana, por conta disso que a responsabilidade para cuidar e fiscalizar a vida de um idoso é de competência comum, cabendo a todos zelar pelo bem-estar da pessoa idosa.

Destarte, o presente trabalho comprovou, portanto que é possível a responsabilização civil e a reparação por danos morais nos casos de abandono, pois o Estatuto do Idoso e a Constituição Federal preveem o cuidado como obrigação da família ou do responsável pelo idoso.

## REFERÊNCIAS

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. *A Política nacional do idoso*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm)>. Acesso em: 03 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Resp 1.159.242 SP 2009/0193701-9*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 10/05/2012. STJ 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200901937019](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901937019) >. Acesso em: 15 abr 2020.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em :15 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 15 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Estatuto do idoso*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm)>. Acesso em : 29 set. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito de famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.



DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

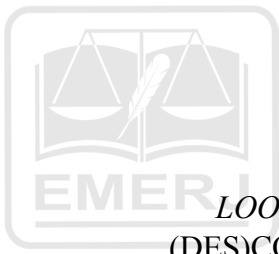
FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental de direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico constitucional. *Direitos Fundamentais e Justiça: Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*, Porto Alegre, 2008.

MASCARO, Sonia de Amorim. *O que é a velhice*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2011.

SILVA, Lilian et al. *Responsabilidade civil dos filhos com relação aos pais idosos: abandono material e afetivo*. Lex.com.br. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_24230664\\_RESPONSABILIDADE\\_CIVIL\\_DOS\\_FILHOS\\_COM\\_RELACAO\\_AOS\\_PAIS\\_IDOSOS\\_ABANDONO\\_MATERIAL\\_E\\_AFETIVO.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx)>. Acesso em: 29 out. 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.



## LOOT BOXES COMO JOGOS DE AZAR: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA (DES)CONFORMIDADE DA EXPLORAÇÃO DAS CAIXAS DE PILHAGEM NOS JOGOS ELETRÔNICOS COM O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Pedro Antonio Silva de Miranda

Graduado pela Uniabeu – Centro Universitário. Técnico de Atividade Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – antes vistos como mero passatempo, os videogames já há muito são o maior ramo do entretenimento no mundo e, à medida que evoluem os recursos tecnológicos, tornam-se os jogos mais sofisticados e inspiram a movimentação ainda maior de dinheiro. A fim de retirar o maior proveito econômico possível desses jogos, diversos instrumentos foram desenvolvidos pelas produtoras, mas nenhum deles causou tamanha controvérsia quanto as *loot boxes*, ante a sua similitude com a mecânica dos jogos de azar. Essa similitude é justamente o objeto deste trabalho, o qual visará a responder se as *loot boxes*, à luz do direito brasileiro, merecem a pecha de jogos de azar, com todas as suas repercussões.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Direito do Consumidor. Direito Eletrônico. Contrato de Jogo e Aposta. Jogo de Azar. Jogos Eletrônicos. *Loot Box*.

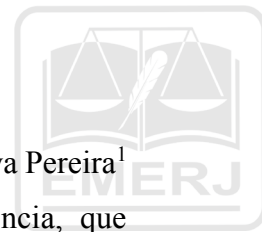
**Sumário** – Introdução. 1. Aspectos elementares e disciplina jurídica dos contratos de jogo e aposta. 2. Microtransações e *loot boxes*: a evolução dos modelos de monetização em jogos eletrônicos, polêmicas e enquadramento na ordem jurídica brasileira. 3. *Loot boxes* como jogos de azar: reflexões necessárias e implicações práticas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa ao cotejo das *loot boxes*, difundido mecanismo de microtransações inserido em jogos eletrônicos, com o direito brasileiro, de modo a verificar se aquele expediente se subsume ao conceito jurídico de jogo de azar, do que implicaria uma série de reservas à sua exploração.

Em meio à popularização dos jogos virtuais, sobretudo junto ao público infantojuvenil, várias técnicas foram desenvolvidas objetivando não só o aprimoramento dos softwares, mas também a maximização do seu potencial lucrativo. Dentre as práticas empreendidas pelas produtoras dos jogos eletrônicos para aumentar as respectivas receitas está a introdução das *loot boxes* – caixas de pilhagem ou de recompensas, em tradução livre.

Por implicar, em síntese, num mecanismo em que alia prévio investimento em dinheiro a retribuição determinada exclusivamente pela sorte, referida prática, contudo, inspira relevante controvérsia na senda dos jogos eletrônicos sobre a sua caracterização ou não como sendo



Com relação à definição de contrato de jogo e de aposta, Caio Mário da Silva Pereira<sup>1</sup> prelecionava que ambos são contratos, negócios jurídicos bilaterais por excelência, que envolvem uma promessa de pagamento de certa soma a alguém em função de um acontecimento futuro e incerto. Enquanto no jogo a recompensa é paga “àquele que lograr um resultado favorável”, na aposta o prêmio é dado “àquele cuja opinião prevalecer”<sup>2</sup>.

Cleyson de Moraes Mello<sup>3</sup>, por sua vez, traz as seguintes definições:

O jogo é o contrato pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam a pagar ao vencedor uma determinada soma de dinheiro ou objeto determinado.

Já a aposta é o contrato firmado por duas ou mais pessoas, de opiniões divergentes sobre determinada coisa ou matéria, que se obrigam entre si a pagar uma certa soma em dinheiro aquele cuja opinião prevalecer.

Outrossim, Sílvio de Salvo Venosa<sup>4</sup> salienta que “[...] no jogo, as partes desempenham papel em seu desate. Na aposta, o acontecimento opinativo depende de fatores externos à atividade e à vontade dos partícipes do negócio.”

Dessarte, vê-se que a grande diferença entre os contratos de jogo e de aposta é que, enquanto neste o credor da prestação será aquele que emitir uma declaração consentânea a um fato alheio à sua esfera de ingerência, naquele o credor será aquele que conseguir performar, intelectual ou fisicamente, de acordo com as instruções definidas pelas partes.

De toda forma, os contratos de jogo e de aposta são regulados e estudados sempre em conjunto, na medida em que a ambos toca um elemento essencial comum, qual seja, a álea, que, segundo Carlos Roberto Gonçalves<sup>5</sup> pode tomar a forma de risco, sorte ou de azar.

O contrato de jogo e aposta pode ser classificado como um contrato bilateral, sendo marcante o aspecto sinalagmático, pois para cada obrigação atribuída a uma parte, assiste à outra um dever correlato. É, ainda, oneroso, porquanto a realização do negócio jurídico envolve sacrifício patrimonial mútuo, e aleatório, porque há incerteza quanto à equivalência das prestações.

Os jogos, ademais, podem ser divididos em jogos lícitos e em jogos ilícitos ou proibidos. Os jogos lícitos, por sua vez, segundo ensina Carlos Roberto Gonçalves, podem ser ou tolerados, ou autorizados.

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10. ed. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 298.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017, p. 518.

<sup>4</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 434.

<sup>5</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 14. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 700.



Os jogos autorizados são aqueles em que, embora prepondere a álea ou azar como fator decisivo do resultado, são, de certo modo, acolhidos pelo direito positivo. É o caso das competições esportivas, do turfe e da loteria – desde que explorada nos termos do Decreto-lei n.º 6.259/1944<sup>6</sup>. Lado outro, são simplesmente tolerados os jogos dirigidos precipuamente ao estímulo das habilidades dos envolvidos e sem qualquer relevância para o direito, não havendo a prevalência da sorte como fator determinante do resultado do contrato.

Por fim, jogos proibidos são aqueles cujo deslinde dependa exclusivamente do acaso e que não estão amparados por aceitação legal. Daí que os jogos proibidos recebem a alcunha de jogos de azar, haja vista a preponderância absoluta da álea como definidor do resultado.

Os principais efeitos jurídicos comuns do jogo e da aposta são a inexigibilidade das prestações e a irrepetibilidade dos pagamentos, nos termos do art. 814 do Código Civil de 2002<sup>7</sup>, de sorte que referidos contratos criam verdadeiras obrigações naturais.

Caio Mário da Silva Pereira dizia que a recusa aos efeitos jurídicos do contrato de jogo e aposta não é exclusiva do direito brasileiro, sendo idêntico o tratamento emprestado pelo direito francês, italiano, argentino, uruguaio, alemão e suíço<sup>8</sup>. Para o jurista, “a razão essencial de que, em princípio, o jogo não cria obrigações exigíveis está na sua inutilidade social”.<sup>9</sup>

Segundo Arnaldo Rizzardo, “a razão deste tratamento está nos efeitos que do jogo emanam. Produz o mesmo a ociosidade, fomenta os vícios e provoca a destruição dos patrimônios, levando as famílias à miséria, quando praticado com abuso.”<sup>10</sup> Arremata o jurista que “o jogo e a aposta, pois, estão colocados numa zona fronteira entre o lícito e o ilícito. Não lhes garante o Código Civil a *actio*, elemento essencial para a tutela do direito. Não vem prevista a propositura de qualquer ação para dar amparo a efeitos jurídicos.”<sup>11</sup>

Assim, enquanto nos jogos tolerados, a não regulação dos seus efeitos jurídicos corre por conta da sua irrelevância jurídica e social, a aversão aos jogos proibidos decorre do alto grau de inquietação social que são capazes de produzir. Ressalte-se que a exploração de jogos proibidos constitui contravenção penal, na forma dos arts. 50 a 58 da Lei n.º 3.688/1941.<sup>12</sup>

<sup>6</sup> BRASIL. *Decreto-lei n.º 6.259*, de 10 de fevereiro de 1944. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del6259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del6259.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2020.

<sup>7</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 08 out. 2019.

<sup>8</sup> PEREIRA, op. cit., p. 299.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.139.

<sup>11</sup> Ibid., p. 1.140.

<sup>12</sup> BRASIL. *Lei n.º 3.688*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm)>. Acesso em: 08 out. 2019.



Os jogos de azar induzem a dependência do jogador, prejudicam o seu julgamento e trazem consequências nefastas ao patrimônio e à sua saúde, razão pela qual o “jogo patológico” e “mania de jogo e apostas” são reconhecidos como espécies de transtorno dos hábitos e dos impulsos e de problema relacionado com o estilo de vida, respectivamente, conforme a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID 10, identificados pelos códigos F63.0 e Z72.6, também respectivamente.<sup>13</sup>

Ademais, é reconhecido pela comunidade médica que o engajamento compulsivo em jogos de azar é considerado um transtorno comportamental de mesma categoria da dependência de álcool e drogas, razão pela qual o chamado “transtorno do jogo” foi incluído na quinta edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5), da Associação Psiquiátrica Americana.<sup>14</sup>

Na realidade brasileira, pode-se dizer que esse fator também é determinante para se impor restrições aos jogos de azar, mormente sob a óptica do dever estatal de assegurar o direito fundamental da coletividade à saúde (art. 196 da Constituição Federal<sup>15</sup>), sendo priorizado, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a realização de atividades preventivas (art. 198, inciso II, da Constituição Federal). Em última análise, o jogo é uma questão de saúde pública.

Por fim, não se ignora a tendência atual de mitigação da avidez proibitiva dos jogos e apostas, conforme se infere da existência de projetos de lei que visam a regulamentar certos jogos de azar. Destaque-se, entre outros, o Projeto de Lei do Senado n.º 186/2014<sup>16</sup>, que dispõe de forma abrangente sobre a exploração dos jogos de azar em território nacional.

Guilherme de Souza Nucci, a propósito, entende ser desnecessária a tipificação penal da exploração de jogos de azar e afirma que “o correto seria regularizar e legalizar os jogos, afinal, inúmeros são aqueles patrocinados pelo próprio Estado, como loterias em geral.”<sup>17</sup> Acresça-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral sobre o tema da

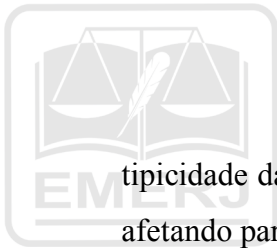
<sup>13</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID 10*. Disponível em: <[http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60\\_f69.htm#F60](http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60_f69.htm#F60)>. Acesso em: 08 out. 2019.

<sup>14</sup> YAU, Yvonne H.C.; POTENZA, Marc N. *Gambling disorder and other behavioral addictions: recognition and treatment*. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4458066/>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

<sup>15</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2020.

<sup>16</sup> BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n.º 186*, de 2014. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117805>>. Acesso em: 10 mai. 2020.

<sup>17</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 151.



tipicidade das condutas de estabelecer e explorar jogos de azar à luz da Constituição Federal, afetando para julgamento o RE n.º 966.177/RS<sup>18</sup>.

Porém, o certo é que atualmente a legislação pátria nega acolhida aos efeitos decorrentes dos jogos tolerados e proibidos, atribuindo ao segundo status de infração penal.

Sendo assim, estabelece-se a premissa de que se em determinado jogo ou aposta prepondera a álea ou azar como fator fundamental para a definição do resultado e, concomitantemente, inexista qualquer autorização legal específica para a sua exploração, estar-se-á diante de um jogo proibido, sujeito às consequências jurídicas que lhe são próprias.

## 2. MICROTRANSAÇÕES E *LOOT BOXES*: A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE MONETIZAÇÃO EM JOGOS ELETRÔNICOS, POLÊMICAS E ENQUADRAMENTO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Além de serem difundida forma de entretenimento e gozarem de sensível prestígio entre os mais variados públicos, os jogos eletrônicos são responsáveis por movimentar expressivas cifras em todo o mundo, tratando-se, sem dúvida nenhuma, do maior segmento do ramo do entretenimento<sup>19</sup>.

Diferentes práticas foram desenvolvidas ao longo dos tempos para dilatar o potencial lucrativo dos *videogames*. Segundo Tim Fields, pode-se falar em cinco modelos de monetização em jogos eletrônicos, quais sejam, as vendas em varejo, os *downloads* digitais, os modelos de subscrições ou inscrições, a monetização indireta e as microtransações *in-game*.<sup>20</sup>

Importante ressaltar que os referidos modelos não se excluem, porque é perfeitamente possível – e até mesmo comum – que os jogos eletrônicos, além de serem vendidos em varejo, disponham de sistemas de subscrições e/ou mecanismos de microtransações, de tudo a, repita-se, explorar ao máximo o seu potencial lucrativo.

A mais difundida prática de monetização consolidada pelas distribuidoras de jogos eletrônicos é aquela determinada pelas microtransações. Elas contemplam a comercialização de recursos de um jogo eletrônico dentro da sua própria interface, mediante pagamento em

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 966.177/RS*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+966177%2E+NUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+966177%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/zh9157m>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>19</sup> HARADA, Janaína. *Que indústria fatura mais: do cinema, da música ou dos games?* Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/que-industria-fatura-mais-do-cinema-da-musica-ou-dos-games/>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

<sup>20</sup> FIELDS, Tim. *Mobile & social game design: monetization methods and mechanics*. 2. ed. Boca Raton: CRC Press, 2014, p. 21-22.

dinheiro real, isto é, o usuário já possui o software, mas ainda assim despense recursos para aumentar a sua experiência.

A origem das microtransações se confunde com a criação dos modelos de jogos *freemium*, nos quais o jogador, embora adquira o jogo gratuitamente num primeiro momento, paga por cada item ou conjunto de itens para o mesmo jogo, funcionando precipuamente como meio de combate à pirataria<sup>21</sup>. Hoje, as microtransações contemplam expressiva parte das receitas das distribuidoras de jogos eletrônicos, como é o caso da Electronic Arts, que faturou 993 milhões de dólares com microtransações no primeiro quadrimestre de 2020<sup>22</sup>, e o da Activision Blizzard, que faturou cerca de 4 bilhões de dólares no ano de 2017.<sup>23</sup>

Em meio às microtransações, destaca-se a utilização das *loot boxes* como principal – e sem dúvidas mais polêmico – meio de monetizar jogos eletrônicos. As *loot boxes*, caixas de pilhagem ou, ainda, caixas de itens, são componentes inseridos em jogos eletrônicos dos mais variados gêneros e compreende o fornecimento aleatório de um item ou conjunto de itens, em regra mediante retribuição em dinheiro real, que pode ou não representar um ganho técnico para o jogador<sup>24</sup>. A principal característica das *loot boxes* é o fato de que a qualidade dos itens recebidos é puramente aleatória, não exercendo o jogador qualquer influência sobre o resultado.

Com efeito, as *loot boxes* são uma realidade irremovível no contexto da monetização dos jogos, dada a sua alta rentabilidade e praticidade. Contudo, a deficiente regulamentação tem se revelado um grande entrave para a ampla aceitação das *loot boxes*, mormente diante da vulnerabilidade dos jogadores consumidores, aliada a indícios de práticas abusivas perpetradas pelas fornecedoras, estimulando a aquisição desenfreada de caixas pelos jogadores, sob a promessa de eventual obtenção de uma recompensa distinta ou que garanta alto ganho técnico.

Não são raros os relatos de experiências insólitas, como casos em que crianças, adolescentes e jovens desperdiçam vultosos valores com microtransações à revelia dos pais<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> FIELDS, op. cit., p. 23.

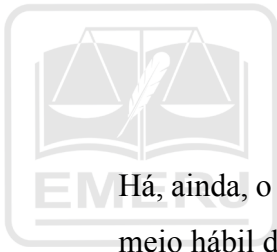
<sup>22</sup> GARCIA, André Luiz. *EA garante quase 1 bilhão de dólares com microtransações em um trimestre*. Disponível em: <<https://www.torcedores.com/noticias/2020/01/ea-garante-quase-1-bilhao-de-dolares-com-microtransacoes-em-um-trimestre>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

<sup>23</sup> ALBUQUERQUE, João Victor. *Activision Blizzard lucrou mais de US\$ 4 bilhões com microtransações*. Disponível em: <<https://criticalhits.com.br/games/activision-blizzard-lucrou-mais-de-us-4-bilhoes-com-microtransacoes/>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

<sup>24</sup> GERKEN, Tom. *Video games loot boxes declared ilegal under Belgiun gambling laws*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-43906306>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

<sup>25</sup> KLEINMAN, Zoe. *'My son spent £3,160 in one game'*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-48925623>>. Acesso em: 29 fev. 2020.





Há, ainda, o caso do jogo *Star Wars Battlefront II*, em que a aquisição de *loot boxes* era o único meio hábil de progredir na sua campanha, o que só foi revisto meses após o lançamento<sup>26</sup>.

Em suma, pode-se dizer que a maior celeuma das *loot boxes* é a instigação dos jogadores, situados em uma posição jurídica de desvantagem, à compra reiterada de pacotes de itens sem garantia de que obterão recompensas efetivamente úteis ou de valor proporcional ao investimento.

No Brasil, a exemplo de boa parte do mercado periférico de jogos eletrônicos, o tema não é objeto de grandes debates ou de regulamentação específica, o que, contudo, não significa dizer que as *loot boxes* podem caminhar à sombra do direito.

Em primeiro lugar, deve-se repisar que ao adquirir as *loot boxes*, os jogadores estabelecem para com as produtoras dos jogos eletrônicos verdadeiros negócios jurídicos, reunindo, a princípio, todas as qualidades necessárias para produção de efeitos. Ora, o jogador e a produtora são partes capazes, os complementos do jogo virtual constituem objeto lícito e o meio eletrônico é uma forma de realização de contratos não defeso em lei. Logo, a princípio atendidos os requisitos do art. 104 do Código Civil, não há dúvidas de que se está diante de um contrato irretocável.

Noutra feita, há entre os jogadores e as produtoras dos jogos eletrônicos verdadeiras relações de consumo, regidas pela Lei n.º 8.078/1990<sup>27</sup>. Acresça-se que o Marco Civil da Internet<sup>28</sup> dispõe, entre outras coisas, que a disciplina do uso da internet no Brasil tem entre os seus fundamentos a defesa do consumidor (art. 2º, inciso V) e que ao usuário dos serviços de internet é assegurada a aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet (art. 7º, inciso XIII).

Outrossim, considerando que significativa parcela dos jogadores é composta por crianças e adolescentes, afigura-se viável a submissão do tema das *loot boxes* às normas protetivas estabelecidas pela Constituição Federal, no seu art. 227, e pela Lei n.º 8.069/1990<sup>29</sup>, as quais reconhecem os infantes como verdadeiros sujeitos de direitos, mercedores de proteção integral e com absoluta prioridade, sendo ainda reconhecida a sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

<sup>26</sup> DEMARTINI, Felipe. *Progressão de Star Wars Battlefront 2 não vai mais depender de loot boxes*. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/games/progressao-de-star-wars-battlefront-2-nao-vai-mais-depender-de-loot-boxes-110098/>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

<sup>27</sup> BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 29 fev. 2020.

<sup>28</sup> BRASIL. *Lei n.º 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm)>. Acesso em: 29 fev. 2020.

<sup>29</sup> BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 29 fev. 2020.



Se por um lado, o ordenamento jurídico pátrio consagra o princípio da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor), e, por outro, a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227 da Constituição Federal e art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente), reconhece a doutrina a qualidade da hipervulnerabilidade dos consumidores infanto-juvenis, razão pela qual são eles merecedores de especial proteção jurídica.<sup>30</sup>

Dessarte, apesar de o Brasil não possuir normas específicas sobre microtransações, tem-se que as regras gerais existentes são suficientes para enfrentar do tema e eventualmente definir os limites das referidas práticas comerciais. A questão de fundo, à luz das normas hoje existentes, é examinar se as *loot boxes* andam em conformidade com o nosso ordenamento.

### 3. *LOOT BOXES* COMO JOGOS DE AZAR: REFLEXÕES NECESSÁRIAS E IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

Como visto, os jogos de azar são caracterizados pela prevalência da álea em detrimento da vontade ou da habilidade das partes envolvidas. As *loot boxes*, por sua vez, implicam o fornecimento aleatório de itens virtuais para o jogador que se disponha a pagar por elas.

É comum entre os jogos de azar e as *loot boxes* a preponderância do risco como fator determinante das obrigações das partes envolvidas. Ora, assim como nos jogos de azar, os jogadores que abrem as caixas não exercem nenhuma influência sobre o resultado da operação. A recompensa é sempre definida pela sorte, que, em termos virtuais, significa uma dentre as probabilidades definidas no algoritmo previamente escrito pelo programador do jogo.

Nesse ponto, vislumbra-se certa semelhança entre as *loot boxes* e as máquinas caça-níqueis, tendo em vista que, em ambos os casos, os jogadores operam uma máquina, cujo funcionamento e formas de interação são previamente arquitetados por um programador. Importante frisar, nesse ponto, que a ilicitude da exploração de máquinas caça-níqueis é há muito reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sendo ainda possível subsumir a sua exploração ao tipo do art. 50 da Lei de Contravenções Penais<sup>31</sup>.

De outra banda, há o fator psicológico, que diz respeito aos impactos das *loot boxes* no bem-estar psíquico e mental dos jogadores, sobretudo crianças e adolescentes. Há estudos

<sup>30</sup> TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*: direito material e processual. 7. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 69.

<sup>31</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS n.º 13.965/MG*. Relator: Ministro José Delgado. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=436830&tipo=5&nreg=200101581720&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20020909&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 27 abr. 2020.



que indicam que as *loot boxes* constituem uma forma de “jogatina simulada”<sup>32</sup> e que indivíduos com transtorno do jogo tendem a gastar mais com *loot boxes*, as quais também funcionam como porta de entrada para o jogo compulsivo.<sup>33</sup>

Aaron Drummond e James Sauer, em parecer submetido ao Parlamento do Reino Unido, reconhecem que, em regra, a estrutura sobre a qual se apoiam as *loot boxes* é similar à dos jogos de azar em geral e estimula a repetição de comportamentos associados à busca incessante por recompensas, sendo plausível vislumbrar consequências de curto prazo, como gastos imoderados, e de longo prazo, como a migração para outras formas de jogo e aposta<sup>34</sup>.

Por outro lado, ainda goza de relativa força a tese contrária ao enquadramento das *loot boxes* no conceito de jogo de azar, pois, diferentemente do que ocorre com os jogos de azar tradicionais, as *loot boxes* sempre conferirão algum tipo de recompensa. Esse é o maior traço distintivo entre as figuras ora comparadas. Se num jogo de azar típico – tal como o jogo do bicho, a roleta, o videopôquer ou o bingo – há chance razoável, senão expressiva, de o jogador amargar prejuízo absoluto, nas *loot boxes* há sempre algo a receber.

Posto que as recompensas obtidas sejam indesejadas, quer pela diminuta relevância para o jogador, quer pelo inexpressivo valor econômico, haverá sempre uma retribuição. A álea, nesse caso, reside na qualidade do item obtido, não na sua existência em si, motivo pelo qual as *loot boxes* não se amoldariam na definição de jogo de azar. Essa é a posição adotada, por exemplo, pela *Entertainment Software Rating Board* (ESRB) – organização responsável pela classificação indicativa de jogos eletrônicos nos Estados Unidos da América e no Canadá.<sup>35</sup>

Outro fundamento para a não classificação de *loot boxes* como jogos de azar é a impossibilidade de se trocar as recompensas por dinheiro ou por outros bens de expressão econômica. Na maioria dos casos, não é possível que o jogador aufera dinheiro real com as *loot boxes*, estando os seus benefícios restritos aos limites do *videogame*. Hoje, essa é a posição, por exemplo, da Comissão de Jogos de Azar (*Gambling Commission*) do Reino Unido.<sup>36</sup>

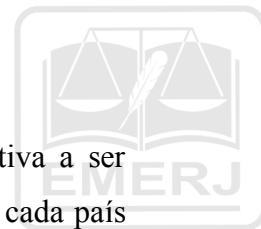
<sup>32</sup> LUM, Patrick. *Video game loot boxes addictive and a form of 'simulated gambling', Senate inquiry told*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/games/2018/aug/17/video-game-loot-boxes-addictive-and-a-form-of-simulated-gambling-senate-inquiry-told>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>33</sup> ZENDLE, David. *Loot boxes are again linked to problem gambling: Results of a replication study*. Disponível em: <<https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0213194>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>34</sup> DRUMMOND, Aaron; SAUER, James. *Immersive and addictive technologies inquiry*. Disponível em: <<http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/digital-culture-media-and-sport-committee/immersive-and-addictive-technologies/written/94835.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

<sup>35</sup> SCHREIER, Jason. *ESRB says it doesn't see 'loot boxes' as gambling*. Disponível em: <<https://kotaku.com/esrb-says-it-doesnt-see-loot-boxes-as-gambling-1819363091>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>36</sup> REINO UNIDO. Gambling Commission. *Virtual currencies, eSports and social casino gaming – position paper*. Disponível em: <<https://www.gamblingcommission.gov.uk/PDF/Virtual-currencies-eSports-and-social-casino-gaming.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2020.



A par dessas considerações, diga-se que não há uma orientação impositiva a ser cegamente seguida, mas sim uma tendência natural de se prestigiar a soberania de cada país para tratar do tema como melhor convier. O Fórum Europeu de Reguladores de Jogos (GREF, da sigla em inglês)<sup>37</sup> e a Comissão Europeia<sup>38</sup>, por exemplo, já manifestaram preocupação com o assunto, mas salientaram que os Estados devem, individualmente, conferir o tratamento que entenderem mais adequado sob as respectivas ordens internas.

Nesse passo, vale dizer que os Países Baixos, a Bélgica e a Finlândia reputaram as *loot boxes* como formas de jogos de azar e, portanto, passível de controle por meio da legislação correspondente. No caso da Bélgica, em especial, toda e qualquer forma de exploração de *loot boxes* que envolva o pagamento de dinheiro é proibida, por estarem presentes os requisitos definidos na lei local sobre jogos de azar.<sup>39</sup> Já no caso dos Países Baixos, é imprescindível que exista a possibilidade de comercialização dos itens obtidos pelas *loot boxes*, ainda que em ambiente estranho ao do próprio jogo, porquanto a definição legal de jogo de azar demanda a existência de prêmio ou recompensa aferível em dinheiro (art. 1º, 1, a, da Lei de Jogos de Azar Neerlandesa).<sup>40</sup>

A Administração para Jogos de Azar do Conselho Nacional de Polícia da Finlândia, entende desde 2018 que as *loot boxes* podem ser reputadas como sendo jogos de azar, desde que atendidos aos seguintes pressupostos: a loot box pode ser aberta mediante pagamento em dinheiro; o jogador ignora o seu conteúdo antes de abri-la; os itens obtidos podem ser convertidos em dinheiro ou vendidos dentro ou fora do ambiente de jogo; a produtora do jogo eletrônico não dispõe de licença para organizar loteria.<sup>41</sup>

Em contrapartida e diferentemente de tantos outros países que possuem leis complexas que regulamentam a exploração de jogos de azar, o Brasil ainda possui um sistema pouco flexível e que não dá azo à exploração de loteria por qualquer pessoa que não seja a União

---

<sup>37</sup> GAMING REGULATORS' EUROPEAN FORUM. *Synthesis of the works carried on by GREF1 eGambling Working Group with regard to the implementation of the Declaration of gambling regulators on their concerns related to the blurring of lines between gambling and gaming*. Disponível em: <[http://www.gref.net/wp-content/uploads/2019/10/Synthesis\\_final-draft\\_v4\\_clean.pdf](http://www.gref.net/wp-content/uploads/2019/10/Synthesis_final-draft_v4_clean.pdf)>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>38</sup> UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Answer for question E004184/19*. Disponível em: <[https://www.euro-parl.europa.eu/doceo/document/E-9-2019-004184-ASW\\_EN.html](https://www.euro-parl.europa.eu/doceo/document/E-9-2019-004184-ASW_EN.html)>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>39</sup> BÉLGICA. Comissão de Jogos de Azar. *Onderzoeksrapport loot boxen*. Disponível em: <[https://www.gamingcommission.be/opencms/export/sites/default/jhkweb\\_nl/documents/onderzoeksrapport-loot-boxen-final-publicatie.pdf](https://www.gamingcommission.be/opencms/export/sites/default/jhkweb_nl/documents/onderzoeksrapport-loot-boxen-final-publicatie.pdf)>. Acesso em: 28 abr. 2020.

<sup>40</sup> PAÍSES BAIXOS. *Wet op de kansspelen*. Disponível em: <<https://wetten.overheid.nl/BWBR0002469/2018-07-28>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

<sup>41</sup> FINLÂNDIA. Polícia da Finlândia. *Statement of the National Police Board on loot boxes*. Disponível em: <<https://www.arpajaishallinto.fi/news>>. Acesso em: 28 abr. 2020.



Federal (art. 1º, caput, do Decreto-lei n.º 204/1967<sup>42</sup>) e tipifica como contravenção penal a exploração de jogos de azar (art. 50 da Lei das Contravenções Penais).

No direito brasileiro, o que é essencial na definição de jogo de azar é a presença do fator sorte como de caráter absoluto ou predominante.<sup>43</sup> Não há nenhuma exigência legal ou orientação doutrinária no sentido de que só se trataria de jogo de azar ou se houvesse possibilidade de o jogador receber nenhuma retribuição, ou se a retribuição eventualmente auferida fosse economicamente apreciável. Senão, poder-se-ia afastar o rótulo de jogo de azar da roleta, videopôquer ou bingo com a entrega garantida de um prêmio de inexpressivo valor econômico e irrelevante significação para o jogador, o que certamente foge à lógica do razoável.

É importante lembrar que o contrato de jogo é aleatório por definição e, por assim dizer, o que se tem é a incerteza – e apenas isso – quanto às prestações devidas por uma das partes. Segundo Clóvis Beviláqua, o contrato é aleatório “se as vantagens a obter são incertas e vacilantes, podendo ser maiores, iguais ou menores do que as prestações realizadas para obtê-las, ou até absolutamente nulas.”<sup>44</sup>

Noutro giro, o contrato de jogo é oneroso e esse pressuposto resta satisfeito com o simples pagamento feito pelo jogador. Assim é que, pouco importa a recompensa eventualmente recebida; se o jogador despendeu dinheiro e a qualidade do prêmio for determinada unicamente pelo elemento aleatório, estar-se-á diante de um jogo de azar.

Por assim, dizer, as *loot boxes*, à luz do direito brasileiro, devem ser sim reputadas como sendo jogos de azar, na medida em que compreendem um contrato oneroso e aleatório celebrado entre o jogador e a produtora do jogo eletrônico, mediante pagamento de certa quantia em dinheiro, cuja recompensa terá a sua qualidade determinada exclusivamente pela sorte.

Por outro lado, é de se dizer que a proibição das *loot boxes* não deve ser genérica e imoderada, mas deve alcançar somente os casos em que há necessariamente o dispêndio de dinheiro para obtê-las. Caso a aquisição das *loot boxes* se dê exclusivamente por meio do empenho e progresso no *videogame*, sem desembolso direto ou indireto de dinheiro, não há por que as proibir, por se tratar de mero recurso lúdico.

Por fim, consigne-se que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n.º 186/2014, que visa a autorizar a livre exploração de jogos de azar no território nacional, cuja eventual aprovação fatalmente alteraria a sorte das *loot boxes* no Brasil. Sem perder o estatuto de jogo

<sup>42</sup> BRASIL. *Decreto-lei n.º 204*, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1965-1988/De10204.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/De10204.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2020.

<sup>43</sup> PEREIRA, op. cit., p. 301.

<sup>44</sup> BEVILAQUA apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 7. ed. V. 4. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 284.



de azar, eventual sucesso do PLS n.º 186/2014 implicaria a necessidade de as produtoras de jogos, entre outras coisas, procederem a credenciamento prévio junto ao Poder Público e proibirem o acesso de menores de dezoito anos de idade às *loot boxes*.

De qualquer maneira, apesar de praticamente não existir discussões mais densas sobre a questão, as *loot boxes* são uma realidade dos jogos eletrônicos atuais, representam significativa fonte de receita das suas produtoras e cada vez mais instigam jogadores, sobretudo os que integram o espectro da hipervulnerabilidade das relações de consumo, a despenderem imoderadas quantias de dinheiro, sendo comum o desenvolvimento ou agravamento de transtornos psiquiátricos relacionados ao jogo.

Daí porque se torna imprescindível uma resposta imediata e objetiva das autoridades competentes, destacando o Poder Legislativo Federal, no uso da sua competência legislativa privativa (art. 22, I, da Constituição Federal), e o Poder Executivo Federal, por meio do seu aparato regulatório, visando a superar a aparente lacuna jurídica que permite o nefasto convívio das *loot boxes* com a proibição legal dos jogos de azar.

## CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho, buscou-se enfrentar a grande controvérsia que gira em torno da qualificação jurídica das *loot boxes*, ante à proximidade de seu funcionamento com a estrutura dos jogos de azar, os quais, estes, são usualmente objeto de severas restrições nos mais diversos ordenamentos.

No direito brasileiro, os contratos de jogo e aposta podem ser definidos basicamente como sendo o ajuste de vontades por meio do qual uma parte se obriga a entregar à outra determinada prestação em função da implementação de acontecimento futuro e incerto, dado essencialmente ao acaso.

Dentre as espécies de jogo, há o que se chama de jogo de azar, porquanto o azar, o risco é o que essencialmente anima o ajuste, não havendo espaço para que o jogador exerça qualquer tipo de influência. Pela repulsa social e diante da nocividade que é peculiar a esse tipo de jogo, é comum que ele sofra grandes restrições, como no caso do Brasil, seja, em regra, proibido.

Paralelamente, viu-se que as *loot boxes*, por sua vez, são formas contemporâneas de monetização de diversos jogos eletrônicos e consistem essencialmente da disponibilização de um arranjo de itens aleatórios para serem utilizados no próprio jogo, mediante pagamento em dinheiro. Na mesma oportunidade, restou esclarecido que, apesar da ausência de normas



específicas, a aquisição de *loot boxes*, por envolver verdadeiro contrato, é merecedora de amparo pelo ordenamento jurídico, até mesmo para realizar os instrumentos jurídicos de proteção dos consumidores, sobretudo os considerados hipervulneráveis.

Diferentemente da simples aquisição de itens para um determinado *videogame*, constatou-se que as *loot boxes* ostentam semelhanças ululantes com a mecânica dos jogos de azar, notadamente no que diz respeito ao fato de que a recompensa entregue ao consumidor não é antevista e é definida exclusivamente pela sorte.

Não obstante as vozes que militam em sentido contrário e ressalvado o teor da legislação comparada, não há como negar que as *loot boxes* são jogos de azar sob o ângulo do direito brasileiro, porque os elementos essenciais para tal definição restam sobejamente satisfeitos.

O simples fato de se estar diante de um negócio jurídico em que uma parte, após receber uma soma em dinheiro, se compromete a entregar uma contraprestação determinada exclusivamente pelo acaso, havendo elevada chance de ela não ser querida pela outra parte, caracteriza uma forma de jogo de azar.

Outrossim, o fato de o adquirente da *loot box* sempre receber algum tipo de recompensa, ao contrário dos jogos de azar tradicionais, em que há chances de o jogador sair “de mãos abanando”, não parece ser suficiente para afastar a subsunção que ora se faz, porque muitas das vezes a recompensa obtida pelo jogador pode representar algo absolutamente irrelevante – notadamente por se tratar de um item desprezível para o jogo ou de natureza comum – de sorte que haveria equiparação com a sensação de perda total.

Dessa forma, não há dúvidas de que, a exemplo do que foi entendido em países como a Bélgica, a Finlândia e os Países Baixos, o Brasil deve adotar formalmente uma postura de repúdio às *loot boxes* da maneira que são exploradas pela indústria dos jogos eletrônicos, na medida em que contrariam a proscrição conferida pelo ordenamento jurídico pátrio.

A adoção dessa posição pelo Brasil é de importância fundamental não só para reafirmar a autoridade das leis nacionais, como também para assegurar a tutela dos direitos dos consumidores expostos a tais práticas, majoritariamente representados por crianças e adolescentes, os quais, estes, são naturalmente mais sensíveis aos agravos causados pelos jogos de azar.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, João Victor. *Activision Blizzard lucrou mais de US\$ 4 bilhões com microtransações*. Disponível em: <<https://criticalhits.com.br/games/activision-blizzard-lucrou-mais-de-us-4-bilhoes-com-microtransacoes/>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BÉLGICA. Comissão de Jogos de Azar. *Onderzoeksrapport loot boxen*. Disponível em: <[https://www.gamingcommission.be/opencms/export/sites/default/jhksweb\\_nl/documents/oderzoeksrapport-loot-boxen-final-publicatie.pdf](https://www.gamingcommission.be/opencms/export/sites/default/jhksweb_nl/documents/oderzoeksrapport-loot-boxen-final-publicatie.pdf)>. Acesso em: 28 abr. 2020.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 08 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 29 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei n.º 6.259, de 10 de fevereiro de 1944*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del6259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del6259.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei n.º 204, de 27 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0204.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0204.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 29 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm)>. Acesso em: 08 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 29 fev. 2020.

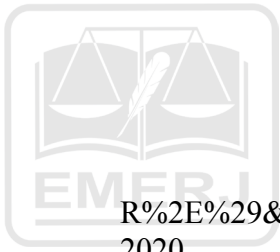
\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. *Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID 10*. Disponível em: <[http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60\\_f69.htm#F60](http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60_f69.htm#F60)>. Acesso em: 08 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei do Senado n.º 186, de 2014*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117805>>. Acesso em: 10 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RMS n.º 13.965/MG*. Relator: Ministro José Delgado. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=436830&tipo=5&nreg=200101581720&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20020909&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 966.177/RS*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+966177%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+966177%2EPRC>>.





R%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/zh9l57m>. Acesso em: 27 abr. 2020.

DEMARTINI, Felipe. *Progressão de Star Wars Battlefront 2 não vai mais depender de loot boxes*. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/games/progressao-de-star-wars-battlefront-2-nao-vai-mais-depender-de-loot-boxes-110098/>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

DRUMMOND, Aaron; SAUER, James. *Immersive and addictive technologies inquiry*. Disponível em: <<http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/digital-culture-media-and-sport-committee/immersive-and-addictive-technologies/written/94835.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 7. ed. V. 4. Salvador: JusPodivm, 2017.

FIELDS, Tim. *Mobile & social game design: monetization methods and mechanics*. 2. ed. Boca Raton: CRC Press, 2014.

FINLÂNDIA. Polícia da Finlândia. *Statement of the National Police Board on loot boxes*. Disponível em: <<https://www.arpajaishallinto.fi/news>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

GAMING REGULATORS' EUROPEAN FORUM. *Synthesis of the works carried on by GREF eGambling Working Group with regard to the implementation of the Declaration of gambling regulators on their concerns related to the blurring of lines between gambling and gaming*. Disponível em: <[http://www.gref.net/wp-content/uploads/2019/10/Synthesis\\_final-draft\\_v4\\_clean.pdf](http://www.gref.net/wp-content/uploads/2019/10/Synthesis_final-draft_v4_clean.pdf)>. Acesso em: 27 abr. 2020.

GARCIA, André Luiz. *EA garante quase 1 bilhão de dólares com microtransações em um trimestre*. Disponível em: <<https://www.torcedores.com/noticias/2020/01/ea-garante-quase-1-bilhao-de-dolares-com-microtransacoes-em-um-trimestre>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

GERKEN, Tom. *Video games loot boxes declared illegal under Belgian gambling laws*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-43906306>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 14. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2017.

HARADA, Janaína. *Que indústria fatura mais: do cinema, da música ou dos games?* Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/que-industria-fatura-mais-do-cinema-da-musica-ou-dos-games/>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

KLEINMAN, Zoe. *'My son spent £3,160 in one game'*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-48925623>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

LUM, Patrick. *Video game loot boxes addictive and a form of 'simulated gambling', Senate inquiry told*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/games/2018/aug/17/video-game-loot-boxes-addictive-and-a-form-of-simulated-gambling-senate-inquiry-told>>. Acesso em: 27 abr. 2020.



MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAÍSES BAIXOS. *Wet op de kansspelen*. Disponível em: <<https://wetten.overheid.nl/BWBR0002469/2018-07-28>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10. ed. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

REINO UNIDO. Gambling Commission. *Virtual currencies, eSports and social casino gaming – position paper*. Disponível em: <<https://www.gamblingcommission.gov.uk/PDF/Virtualcurrencies-eSports-and-social-casino-gaming.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHREIER, Jason. *ESRB says it doesn't see 'loot boxes' as gambling*. Disponível em: <<https://kotaku.com/esrb-says-it-doesnt-see-loot-boxes-as-gambling-1819363091>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 7. ed. São Paulo: Método, 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Answer for question E004184/19*. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2019-004184-ASW\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2019-004184-ASW_EN.html)>. Acesso em: 27 abr. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

YAU, Yvonne H.C.; POTENZA, Marc N. *Gambling disorder and other behavioral addictions: recognition and treatment*. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4458066/>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

ZENDLE, David. *Loot boxes are again linked to problem gambling: results of a replication study*. Disponível em: <<https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0213194>>. Acesso em: 27 abr. 2020.



## O *PLEA BARGAINING*: A EFICÁCIA NO COMBATE AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O RISCO DE ENCARCERAMENTO EM MASSA

Pedro Filipe Rufino Dutra de Figueiredo

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogado.

**Resumo** – o presente artigo busca trazer o conceito amplo de *plea bargain*, utilizando a técnica de direito comparado, e as diferenças para o *plea bargain* brasileiro, o acordo de não persecução penal do projeto de lei anticrime. Além disso, discute-se a eficácia do instituto no combate a organizações criminosas, resgatando alguns fatos históricos. Por fim, o artigo, traz a possibilidade ou não de eventual encarceramento em massa em decorrência da aplicação desse instituto, realizando de forma comparada a dados estatísticos dos EUA.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. *Plea Bargaining*. Projeto de Lei anticrime.

**Sumário** – Introdução. 1. A história e o conceito do *Plea bargain*. Conceito Amplo e estrito. 2. *Plea bargain* e a sua relevância para desconstituição de organização criminosa. 3. O risco de aumentar o encarceramento, com a aplicação do *Plea Bargain*. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo trazer a definição do *plea bargain*, em seu amplo sentido, bem como trazer o conceito que será adotado pelo projeto de lei anticrime proposto pelo Ministro Sérgio Moro em 2019. A pesquisa se baseará no direito comparado para esmiuçar as definições.

Para tanto, o pesquisador vai utilizar de algumas bibliografias e artigos científicos sobre o tema. É evidente que o Judiciário brasileiro cada vez mais se encontra sufocado pela quantidade de processos criminais, conforme números do CNJ, de 2018, são 6,3 milhões de casos pendentes de julgamento. Com aumento de casos a cada ano, o Estado vem tentando criar alternativas para conseguir maior eficiência nas demandas, isso quer dizer afastando a jurisdição, para um consensualismo penal, ou seja, tornando mais maleável a atuação ministerial para proposição de acordo em troca de algum tipo de pena.

O tema é controvertido em diversos aspectos, uma vez que alguns juristas entendem que a sua aplicação pode suprimir diversas garantias fundamentais do réu e, portanto, seria um instituto inconstitucional. Enquanto outros afirmam que é um instituto que melhoraria a eficiência e celeridade processual, e, conseqüentemente, geraria menos impunidade.

No processo penal é indubitável que há um processo de alargamento de consenso penal, isso já ocorre de forma acanhada em 1995, com a criação da Lei nº 9.099/95, com seus institutos de transação penal e suspensão condicional do processo. Recentemente, se alargou ainda mais o espaço de “negociação penal”, com a lei que instituiu no ordenamento jurídico a delação premiada.

Embora muitos só tenham ouvido falar de *plea bargain* por conta do projeto de Lei anticrime, como dito anteriormente, já há institutos no direito brasileiro que se enquadram dentro do seu conceito amplo. Dessa forma, para compreensão geral, o primeiro capítulo irá abordar a origem do instituto, seu significado de modo amplo, os institutos já aplicados no direito brasileiro, bem como sua forma de aplicação caso o projeto de lei anticrime seja aprovado.

O segundo capítulo destina-se a uma análise consequencial de aplicação desses institutos para desmantelamento de organizações criminosas, bem como o histórico de aplicação nesse âmbito.

O terceiro capítulo destina-se a observar o risco ou não do encarceramento em massa, que poderá ser ocasionado caso o projeto de lei anticrime passe a vigorar, bem como os efeitos de institutos enquadrados no conceito de *plea bargain* na alteração da realidade carcerária do Brasil.

A pesquisa é desenvolvida pelo método explicativo, uma vez que o pesquisador tem o objetivo de identificar os principais fatores que podem influenciar na aplicação desse determinado instituto, que integra o projeto anticrime, o projeto de Lei nº 882/2019.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente descritiva e explicativa, porquanto o pesquisador pretende se valer das características do instituto *plea bargain*, sua aplicação nos EUA e procura justificar os fatores que levam ou não ao desmantelamento de organizações criminosas, bem como se aumenta ou não o encarceramento, para essa pesquisa será utilizado artigos científicos e bibliografias.

Trata-se também de uma pesquisa histórico-comparada, haja vista que o pesquisador introduzirá o conceito, que é derivado dos EUA.



## 1. A HISTÓRIA E O CONCEITO DE *PLEA BARGAIN*. CONCEITO AMPLO E ESTRITO

As primeiras aparições do *plea bargain*, segundo Alschuler<sup>1</sup>, foram entre os séculos XIII e XIX, efetuadas no direito inglês e no período colonial norte-americano. Contudo, o autor ainda faz outro registro, que a barganha processual mais próxima que se conhece na atualidade no direito norte-americano só apareceu nos tribunais de apelação após a eclosão da guerra civil estadunidense, precisamente no último quadrante do séc. XIX.

O primeiro caso surgiu no Tennessee, em 1865, o réu se declarou culpado de duas acusações de jogos de azar, neste acordo que ele havia firmado com o promotor, oito outras acusações de jogos de azar foram descontinuadas e o réu teve que pagar 25 dólares por causa de uma acusação e 10 dólares por causa da outra. Importante destacar que nesse caso o Tribunal entendeu que havia vícios, pois o Promotor teria coagido o réu a aceitar o acordo, e que, portanto, era inconstitucional, pois todos acusados teriam direito ao julgamento público.<sup>2</sup>

Nesse ponto George Fischer<sup>3</sup>, em seus estudos no Estado de Massachussets, revela outra realidade, onde afirmou que o *plea bargain* já ocorria com certa frequência, entre o início e meados do século XIX, no primeiro grau de jurisdição, aplicando técnicas que até os dias atuais são adotadas.

Após importante introito histórico, vamos definir o que é *plea bargain*. O *plea bargain* em simples tradução do inglês para o português significa “barganha de argumento”. A confissão do acusado é chamada de *Guilty Plea*. Dessa forma, pode-se visualizar que para funcionar o instituto do *plea bargain* tem que haver algum benefício em troca, pois, evidente que nenhum acusado assumiria culpa se não houvesse algum benefício.

Pode-se conceituar o *plea bargain* da seguinte forma: Concessão mútua, entre Estado (perseguidor) e réu (acusado), em relação a uma imputação criminosa, para obtenção de um benefício da acusação, com ou sem a participação de um juiz.

Pedro Soares de Albergaria<sup>4</sup>, conceitua *plea bargain* da seguinte forma:

[...] negociação entre o arguido e o representante de acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objecto (sic) integra recíprocas concessões e que

<sup>1</sup>AUSCHLER apud GOMES, André Ismael; COSTA RIBEIRO, Diaulas; DE AGUIAR, Julio Cesar. *Plea bargaining: aproximação conceitual e breve histórico*. *Revista de Processo*, V. 263/2017, p. 429-449, jan. 2017.

<sup>2</sup>ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining its history*. Chicago: University of Chicago Law School, 1979, p.19.

<sup>3</sup>FISCHER apud Ibid.

<sup>4</sup>ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007, p.19.

contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (guilty plea) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (plea of nolo contendere)[...]

Dentro desse conceito amplo, o Brasil começa a esboçar uma mudança de justiça conflitiva para a justiça consensuada no ano de 1990, com a lei de crimes hediondos, que ampliou as possibilidades de delação premiada.

Contudo, o marco histórico, que definitivamente traz mudança relevante, acontece no ano de 1995, com o advento da Lei de Juizados Criminais, Lei nº 9099/95<sup>5</sup>, que rompeu com o velho sistema conflitivo nas infrações com pena não superior a dois anos (infrações de menor potencial ofensivo).

Segundo Luiz Flávio Gomes<sup>6</sup> a Justiça consensuada é dividida em quatro subespécies: A justiça reparatória que é aquela que se faz por meio da conciliação e da reparação dos danos, por exemplo, juizados criminais e o TAC em crimes ambientais. A Justiça restaurativa que exige um mediador (não é o juiz) visando a solução do conflito, nesse caso não há uma decisão propriamente dita. Justiça negociada que é aquela onde se enquadra o *plea bargain*, ou seja, onde há um acordo entre acusador e acusado. A justiça Colaborativa é uma subespécie da Justiça negociada, isso porque aqui o acusado colabora com a consensualmente com a justiça criminal, por exemplo, ajudando a justiça a desvendar algum crime, seja indicando comparsas ou de alguma outra forma.

Há vários institutos no Brasil que não podem ser confundidos com o conceito de *plea bargain*, apesar de estar dentro do que se chama de Justiça consensuada. A transação penal, por exemplo, estampada no art. 76 da Lei nº 9099/95<sup>7</sup>, que diz que em caso de representação ou de crime de ação penal pública poderá o Ministério Público propor a aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multa, sem que ainda tenha havido a denúncia, esse procedimento se diferencia do *plea bargain*, pois falta o elemento da *guilty plea* (assunção de culpa pelo agente).

A Suspensão condicional do processo (SCP) também não pode ser confundida com *plea bargain*, aquele instituto cabe para acusados de crimes cuja pena cominada seja igual ou inferior a um ano, caberá a suspensão do processo por um período de dois a quatro anos (há outros requisitos, conforme art. 89 da Lei nº 9099/95<sup>8</sup>). De igual forma o acusado aqui não

<sup>5</sup>BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 10 de fev. 2020.

<sup>6</sup>GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. Criminalidade Organizada e Justiça Penal Negociada: Delação premiada. *Revista FIDES*, Natal, V.6, nº1, p. 164-175, jan./jun. 2015.

<sup>7</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>8</sup>Ibidem.



confessa o crime, ele somente aceita a proposta do Ministério Público, tanto é assim que a aplicação desse instituto não pode acarretar antecedentes criminais.

Já a colaboração premiada integra o conceito de *plea bargain*, isso porque nesse caso, o acusado se declara culpado e, além disso, colabora para efetivamente para investigação criminal, seja identificando os demais coautores, seja revelando a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas, seja prevenindo para que infrações penais em andamento sejam reprimidas ou ajudando na recuperação total ou parcial do produto ou proveito das ações criminosas.

Importante salientar que a denominação delação premiada é uma das formas de colaboração premiada, ou seja, é uma subespécie deste. Contudo, a denominação mais utilizada comumente é a da delação premiada.

A Delação pode até mesmo ser feita após a sentença, nesse caso, como descreve a Lei nº 12.850<sup>9</sup>, o juiz poderá reduzir a pena a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos.

Merece destaque o art. 4º, §3º desta lei, caso o Ministério Público, a qualquer tempo, ou o Delegado de polícia, no inquérito polícia, com a manifestação do M.P., entenda que a colaboração foi de muita relevância, poderão requerer ou representar ao Juiz que conceda Perdão Judicial ao colaborador.

Isso significa que alguém que cometeu crime, mesmo que grave, por meio da Justiça Negociada, poderá até mesmo deixar de cumprir qualquer pena, dependendo do grau de colaboração. Isto demonstra que houve um grande avanço da Justiça Negociada com a entrada em vigor desta Lei.

Neste ponto é importante trazer à baila o seguinte questionamento: Se já se tem um instrumento de justiça negociada, então qual será a definição de *plea bargain* que o ministro Sérgio Moro quer importar dos E.U.A.? Pois, como fora visto, alguns institutos brasileiros já se enquadram no conceito *lato sensu* de *plea bargain*. Sendo assim, qual a diferença da modalidade que está sendo proposta pelo Ministério da Justiça em 2019?

Dessa forma, cabe nesse momento distinguir as modalidades de *plea bargain* utilizados nos E.U.A.

A divisão conhecida das modalidades de *plea bargain* são duas: *Charge bargaining* (*charge concession*), *sentence bargaining* e uma forma mista de negociação. A *charge Bargaining* se entende por aquela que há uma troca da própria imputação, ou seja, há a confissão do acusado e o Ministério Público se compromete a promover uma desqualificação

---

<sup>9</sup>BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2020.



da acusação por uma de pena mais branda. Na *Sentence Bargaining* há uma verdadeira negociação da sanção penal a ser imposta, o Ministério Público, nesse caso, propõe ao juiz a aplicar uma pena mais branda do que a prevista para imputação do caso.

Também não há nenhum problema com a forma mista, isto é, aquela que traz características dos dois modelos. Por exemplo, no caso de confissão de culpa, o Ministério Público desiste de prosseguir com a ação, e o juiz estipula uma determinada sanção, aplicação muito parecida com a suspensão condicional do processo no Brasil, mas no SCP não há confissão de culpa.

Por fim é relevante conceituar o instituto trazido pela Lei nº 13.964<sup>10</sup>, que incluiu o art. 28-A no CPP. Trata-se do acordo de não persecução penal (ANPP), chamado por alguns de *plea bargain* brasileiro.

Esse instituto ampliou mais a justiça penal negociada no direito penal. Contudo, é importante salientar que posteriormente iremos demonstrar que ele é diferente do *plea bargain* aplicado nos EUA.

O ANPP, também chamado de *plea bargain* brasileiro, definido pelo art. 28-A do CPP, é um acordo entre o ministério público e o acusado, no qual deve este confessar formalmente e circunstancialmente a prática da infração penal, que não pode ter violência ou grave ameaça e deve ser inferior a 4 anos.

Nesse ponto é importante destacar que no anteprojeto, objeto de estudo desta pesquisa, era previsto um acordo, no Art. 395-A, do projeto de Lei nº 882/2019<sup>11</sup>, que poderia ser oferecido após a denúncia ou queixa, era um acordo de execução imediata da pena, que é bem mais parecido com *plea bargain* dos EUA, pois além da confissão de culpa (*Guilty plea*), era aplicado os efeitos como se fosse sentença condenatória.

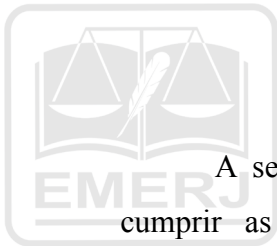
As principais diferenças do ANPP para *plea bargain* são três. No ANPP há um acordo antes mesmo de instaurar-se um processo penal, igualmente ocorre com a transação penal, o juiz tem o poder de homologar o acordo, verificando a voluntariedade do acordo e a legalidade das condições impostas. Já no *plea bargain*, há a instauração de um processo penal, ou seja, após a queixa ou denúncia, negocia-se uma pena e o juiz tem poder de verificar as formalidades do acordo e sua voluntariedade, além de analisar se a confissão acareada com os demais elementos de provas são suficientes para condenação e aplicação de pena.

---

<sup>10</sup>BRASIL. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2020.

<sup>11</sup>BRASIL. Projeto de Lei nº 882 de 2019. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019)>. Acesso em: 10 fev. 2020.





A segunda diferença é que no ANPP, apesar da confissão de culpa, se o acusado cumprir as condições impostas não gerará efeitos para fins de maus antecedentes, reincidência, ou seja, não há natureza de sentença condenatória, somente persistirá anotação para fins de feitura de novo acordo. Por outro lado, no *plea bargain*, o réu assume a culpa e é considerado culpado, havendo efeitos para fins de reincidência, maus antecedentes, ou seja, há na verdade uma sentença de natureza condenatória.

A última diferença são as penas impostas, enquanto que no ANPP só podem ser condições diversas da pena privativa de liberdade e determinadas pelo princípio da razoabilidade, no *plea bargain* podem ser penas privativas de liberdade e, em alguns casos, são até mesmo obrigatórias, pois apesar de a pena ser acordada entre Ministério público e acusado, quem a impõe é o juiz por meio de sentença condenatória.

## 2. PLEA BARGAIN E O COMBATE A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

O conceito de crime organizado foi muito discutido no mundo inteiro, pois era necessário pormenorizar o conceito de organização criminosa para assim, estabelecer a tipificação.

Num aspecto sociológico o conceito de crime organizado é o agrupamento de indivíduos, com fins criminosos, esse agrupamento é feito de forma estrutural, com hierarquia ou não, mas com funções determinadas para que o crime seja realizado. Por exemplo, no Tráfico de Drogas, há uma estrutura, desde o olheiro até o “dono da boca”.

A partir disso vários órgãos definiram o que seria uma organização criminosa. Conforme exemplifica Mendroni<sup>12</sup>:

[...] *FBI – Federal Bureau of investigation*: “qualquer grupo tendo algum tipo de estrutura formalizada cujo objetivo primário é a obtenção de dinheiro através de atividades ilegais. Tais grupos mantêm duas posições através do uso de violência, corrupção, fraude, ou extorsões, e geralmente têm significativo impacto sobre os locais e regiões do país onde atuam.”

*Interpol*: “qualquer grupo que tenha uma estrutura corporativa, cujo principal objetivo seja o ganho de dinheiro através de atividades ilegais, sempre subsistindo pela imposição do temor e a prática de corrupção.”

*ONU*: “Organização de grupos visando à prática de atividades econômicas; laços hierárquicos ou ralações pessoais que permitem que certos indivíduos dirijam o grupo; o recurso à violência, à intimidação e a corrupção; e à lavagem de lucros ilícitos.” [...]

<sup>12</sup>MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 07-08.

Após alguns anos de discussão e divergência a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional surgiu com uma definição legal:

[...] grupo criminoso organizado – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.[...]<sup>13</sup>

No Brasil a primeira lei a tratar sobre o tema foi a Lei nº 9.034/95<sup>14</sup>, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, sem, no entanto, defini-las e tipifica-las.

Muitos autores, como Luiz Flávio Gomes defendia a perda de eficácia<sup>15</sup> dessa lei, justamente por não definir de forma estrita o que seria organização criminosa.

Em 2012, entrou em vigor a Lei nº 12.694/2012, que no seu art. 2º conceituou organização criminosa:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.<sup>16</sup>

Sendo assim, o Legislador corrigiu o problema com a Lei nº 12.850/2013, que definiu pormenorizadamente organização criminosa (art. 1.º, § 1.º). E, além disso, o entendimento majoritário é de que essa lei revogou tacitamente a Lei nº 12.694/2012<sup>17</sup>, ou seja, o conceito que prevalece é da Lei nº 12.850/2013<sup>18</sup>.

Art. 1.º (...) § 1.º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda

<sup>13</sup>GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada no Combate ao Crime Organizado*. Franca-SP: Lemos & Cruz, 2006, p. 39.

<sup>14</sup>BRASIL. *Lei nº 9.034*, de 3 de maio de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2020.

<sup>15</sup>“É caso de perda de eficácia (por não sabermos o que se entende por organização criminosa), não de revogação (perda de vigência). No dia em que o legislador revelar o conteúdo desse conceito vago, tais dispositivos legais voltarão a ter eficácia. Por ora continuam vigentes, mas não podem ser aplicados” GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01?* (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2919/crime-organizado-que-se-entende-por-isso-depois-da-lei-n-10-217-01>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

<sup>16</sup>BRASIL. *Lei nº 12.694*, de 24 de julho de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2020.

<sup>17</sup>Ibidem.

<sup>18</sup>BRASIL, op. cit., nota 9.



que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.[...]¹⁹

O *plea bargain* como visto é um amplo conceito no qual se enquadra a colaboração premiada, que já fora conceituada no primeiro capítulo.

A colaboração premiada, tem natureza jurídica de meio especial de obtenção de prova, pois, como vimos, o acusado aceita um prêmio (redução de pena, perdão judicial, cumprimento de pena em regime diferenciado etc.) em troca de: a) delação premiada; b) colaboração para libertação; c) colaboração para localização e recuperação de ativos; e d) colaboração preventiva.

Como pode-se perceber a colaboração premiada é instrumento facilitador, que dentro de um sistema processual penal engessado, busca facilitar a obtenção de provas contra organizações criminosas.

Organizações criminosas que cada vez mais se aperfeiçoam na empreitada criminosa, através de uma sofisticada estrutura organizacional. E ademais, se beneficiam de uma estrutura hierárquica entre Líderes, gerentes, agentes, e ainda se aproveitam de corrupção de agentes públicos, o que torna quase impossível a persecução criminal contra o Líder-chefe, que ordena as ações do grupo criminoso. Além disso, o líder-chefe, se vale do crime de lavagens de capitais para dar aparência de legalidade ao seu patrimônio. Dessa forma, sem instrumentos que tornem maleáveis a atuação do Ministério Público, esses crimes ficam sob o manto da impunidade, pois são delitos de difícil comprovação.

Um exemplo da utilização da colaboração premiada foi a Lava jato, a maior investigação criminal contra a corrupção realizada no Brasil. As investigações se deram em início em meados de março de 2014 ante a Justiça Federal de Curitiba, em que estava sendo investigado uma organização criminosa liderada por doleiros que atuavam em vários Estados, a partir de tal fato foi descoberto um grande sistema de corrupção na Petrobrás envolvendo várias empreiteiras, operadores financeiros e políticos.

Tudo isso só foi possível, porque durante as investigações, os acusados aceitaram acordo de colaboração premiada. Tiveram cento e dez colaborações premiadas homologadas pelo STF até o ano de 2019.<sup>20</sup>

<sup>19</sup>BRASIL, op. cit., nota 16.

<sup>20</sup>MIGALHAS. *STF homologou mais de uma centena de delações no âmbito da Lava Jato*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/301349/stf-homologou-mais-de-uma-centena-de-delacoes-no-ambito-da-lava-jato>>. Acesso em: 17 jan. 2020.



Além disso, segundo o site da Polícia Federal, foram recuperados R\$ 745.100.000 (setecentos e quarenta e cinco milhões de reais), esses números foram atualizados até quatorze de agosto de 2017.<sup>21</sup>

Até março de 2019, foram condenadas 155 pessoas, isso demonstra que a colaboração premiada é um instrumento importante para dismantelamento de organizações criminosas.<sup>22</sup>

### 3. PLEA BARGAIN E O RISCO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

De inicio é importante destacar que tal discussão se dá em torno do art. 395-A do projeto de lei nº 882/2019, que previa que o acordo poderia tratar de pena privativa de liberdade.

Portanto, neste capítulo antes de adentrar ao tema encarceramento em massa é preciso explicar a seleção penalizante que ocorre em todas sociedades contemporâneas, ou seja, explicar a seletividade do Poder Punitivo.

É um fenômeno que Zaffaroni<sup>23</sup> chama de criminalização, no qual as instituições do Estado são responsáveis por uma criminalização seletiva, ou seja, somente para determinadas pessoas. Essas instituições são denominadas como agências.

Esse processo seletivo se desenvolve em duas fases. A primeira é criminalização primária que é quando as agências políticas sancionam uma lei penal material que incriminam e permite que certas pessoas sejam punidas.

Ordinariamente as agências políticas, parlamento e executivo, são as que exercem a criminalização primária, ao passo que a política criminal instituídas por ela deve ser seguida pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários).

Esse processo de Seletividade do poder sofre influências da cultura e história da sociedade, por evidentemente influi em todo processo de criminalização, ou seja, da definição de quem vai ser criminoso e seus estereótipos e quem vai ser as vítimas potenciais e protegidas.

---

<sup>21</sup>POLÍCIA FEDERAL. *Operação Lava Jato – Números*. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

<sup>22</sup>COSTA, Gilberto. *Lava Jato completa cinco anos com 155 pessoas condenadas*. Agência Brasil, Brasília, 16 de mar. de 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-03/lava-jato-completa-cinco-anos-com-155-pessoas-condenadas>>. Acesso em: 18 jan. 2020.

<sup>23</sup>ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 49.



Partindo deste ponto de vista, é importante saber que nosso país passou por período histórico em que houve instituição da escravização de populações sequestradas do continente africano, o que foi um dos pilares mais importantes. Isso quer dizer que o processo de colonização do Brasil baseou-se no trabalho de escravos e superexploração, e era isso que mantinha a economia brasileira.<sup>24</sup>

Esse processo que após a abolição da escravidão formou castas estruturais do funcionamento e a organização social e política do País. Portanto, pode-se concluir que o processo de criminalização tem total influência do período histórico-cultural vivido pelo Brasil no séc. XVI até o séc. XIX.

A partir dessa perspectiva vários doutrinadores ficaram preocupado com o potencial efeito do *plea bargain* quanto ao encarceramento em massa. Essa preocupação tem como fundamento as recentes discussões sobre o aumento do encarceramento nos EUA.

Neste ponto, cabe citar a constatação de Marllon Sousa<sup>25</sup>:

[...] quase todos os artigos de periódicos jurídicos que tratam do *plea bargaining*, sejam publicados nos Estados Unidos ou no exterior, começam apontando que a barganha processual é responsável por uma porcentagem maciça de condenações no sistema de justiça criminal americano [...].

A fundamentação para tal afirmação, se dá por meio de dados, que constata que entre 68.887 condenações, o *plea bargain — guilty plea* — foi responsável por 67.320 condenações, enquanto condenações por julgamentos por juízes togados em processos criminais foram apenas 179, e os julgamentos por júri foram 1.388<sup>26</sup>.

Em contraponto a afirmação de que o *plea bargain* é responsável por um aumento significativo do encarceramento pode ser equivocada, isso porque se as condenações fossem aplicadas por juízes togados os números poderiam ser iguais ou até maiores que as condenações pelo acordo penal (*plea bargain*). Portanto deve-se levar em conta que o presente artigo apresenta em abstrato um suposto risco dos efeitos do *plea bargain* no aumento de encarceramento.

Adentrando nos possíveis efeitos do *plea bargain* no contexto brasileiro é preciso analisar dados quantitativos. Primeiramente é necessário analisar que, segundo dados do

<sup>24</sup>BORGES, Juliana. *O que é: encarceramento em massa?*. Belo Horizonte - MG: Letramento: Justificando, 2018, p. 36-39.

<sup>25</sup>SOUSA, Marllon. *Plea Bargaining no Brasil: o processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Juspodivm, 2020, p. 91.

<sup>26</sup>Sobre: *U.S. District Courts—Criminal Defendants Disposed of, by Type of Disposition and Offense, During the 12-Month Period Ending June 30, 2017* (2017). Disponível em <[http://www.uscourts.gov/sites/default/files/data\\_tables/stfj\\_d4\\_630.2017.pdf](http://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/stfj_d4_630.2017.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2020.



Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) de 2019, a relação de presos provisórios — aqueles que estão encarcerados por conta de uma prisão cautelar ou prisão provisória — é de 30% da população prisional<sup>27</sup>.

Outro dado importante para uma avaliação concreta é a quantidade dos crimes que geram essas prisões. Segundo gráfico do DEPEN, a maioria das prisões se dão conta de 494.994 mil prisões por crimes contra o patrimônio, o segundo maior número é por crimes da lei de drogas<sup>28</sup>.

Levando em conta esses dados é possível perceber que sem o *plea bargain* o sistema penal Brasileiro já é seletivo, muito por conta da criminalização primária e da criminalização secundária, conforme conceito explanado no início do capítulo. Ou seja, o Legislativo tem o poder de selecionar qual crime terá uma pena mais grave, isso gera o aprisionamento seletivo de vulneráveis. Por exemplo, se um indivíduo furtar um aparelho de rádio de um veículo, depois de ter arrombado a porta, poderá receber uma pena de até 10 anos. Por outro lado, se alguém cometer o crime de sonegação fiscal, na casa de milhões de reais, sua pena somente poderá chegar até 5 anos. As condutas são baseadas no art. 155, §4º do Código penal<sup>29</sup> e art. 1º da Lei nº 8.137/90<sup>30</sup>.

## CONCLUSÃO

O artigo buscou trazer o conceito amplo de *plea bargain*, no qual abarca diversos institutos jurídicos já estabelecidos no ordenamento brasileiro. A diferença, para o *plea bargain* brasileiro, o acordo de não persecução penal e o conceito trazido pelo projeto anticrime, bem como possíveis consequências de sua aplicação, como a influência no combate a organizações criminosas e a eventual consequência de um encarceramento em massa.

Inicialmente, no capítulo 1, foi definido o surgimento histórico do instituto, e, além disso, definiu cada um de forma específica, delimitando ainda as diferenças entre o acordo de não persecução penal (*plea bargain* brasileiro) e o *plea bargain* embrionário.

<sup>27</sup>DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de informações penitenciárias de dezembro de 2019*. p.11. Disponível em <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJiMi00OTJhLWFiMDktNmFkNTM0MmwiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MmWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

<sup>28</sup>Ibidem.

<sup>29</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2020.

<sup>30</sup>BRASIL. *Lei nº 8.137*, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2020.



Posteriormente, sustentou-se acerca da eficácia dos institutos de justiça penal negociada, no qual por meio de dados estatísticos, retirados de órgãos nacionais, se estabeleceu significativa evolução quanto ao consensualismo no direito penal. Mostrou-se ainda, a importância do instituto de Justiça consensual no âmbito do Direito Penal, de forma mais específica, demonstrou a importância do instituto de colaboração premiada para desmantelamento de organizações criminosas, assim corroborando com fatos históricos como a produção de efeitos desse instituto na operação contra a corrupção, a famosa operação Lava Jato.

No último capítulo, foi abordado uma discussão polêmica sobre o risco ou não de encarceramento em massa por conta da aplicação do *plea bargain*. Alguns estudiosos afirmam, com base em dados estatísticos, que o *plea bargain* ocasiona um aumento de condenações e, por consequência, a eventual aplicação do instituto aqui no Brasil poderia agravar ainda mais a situação precária do sistema penitenciário.

Nesse aspecto, contudo, discorda-se desse posicionamento, isso porque com os dados utilizados para tais afirmativas, percebeu-se que há um falso silogismo. Isso porque, nada pode concluir que os dados referentes a condenação por aplicação do *plea bargain* não seria também uma condenação do Juiz, após toda instrução criminal.

Além disso, o encarceramento em massa não é causado por um simples instituto jurídico. Como fora explanado, há na verdade uma estrutura de criminalização, há um caminho percorrido até chegar ao resultado de encarceramento em massa, desde o arraigamento cultural de definição do estereótipo do criminoso, passando pela repressão policial, até a aplicação da pena pelo juiz.

O autor considera que o instituto jurídico do *plea bargain* pode até mesmo reduzir o encarceramento. Isso porque, o *plea bargain* é um acordo benéfico para o indivíduo que tem a consciência de que cometeu o crime, que entende que não há possibilidade de esquivar da execução da pena privativa de liberdade, pois, sendo assim, com acordo terá sua pena privativa de liberdade reduzida e cumprirá imediatamente. Esse pode ser um ponto favorável, já que, conforme dados estatísticos do DEPEND, cerca de 30% da população carcerária espera por julgamento.

No caso do acordo de não persecução penal a discussão fica esvaziada, pois nesse caso, apesar da confissão de culpa do acusado, não haverá sequer denúncia e não poderá ser aplicada a pena privativa de liberdade, ou seja, é uma medida despenalizadora.

Por todo exposto, concluiu-se que a evolução do direito penal para uma justiça negociada, pode ser eficaz no desafogamento do judiciário e do sistema penitenciário.

## REFERÊNCIAS:

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.

ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining its history.* Chicago: University of Chicago Law School, 1979.

BORGES, Juliana. *O que é: encarceramento em massa?*. Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 20 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código Penal.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em: 10 de fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 882 de 2019.* Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1712088&filenome=PL+882/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filenome=PL+882/2019)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

COSTA, Gilberto. *Lava Jato completa cinco anos com 155 pessoas condenadas.* Agência Brasil, Brasília, 16 de mar. de 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-03/lava-jato-completa-cinco-anos-com-155-pessoas-condenadas>>. Acesso em: 18 jan. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de informações penitenciárias de dezembro de 2019.* p.11. Disponível em <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQ0NmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRl>>





mFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 25 abr. 2020.

GOMES, André Ismael; COSTA RIBEIRO, Diaulas; DE AGUIAR, Julio Cesar. Plea bargaining: aproximação conceitual e breve histórico. *Revista de Processo*, V. 263/2017, p. 429-449, jan. 2017.

GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. Criminalidade Organizada e Justiça Penal Negociada: Delação premiada. *Revista FIDES*, Natal, v.6, nº1, p. 164-175, jan./jun. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2919/crime-organizado-que-se-entende-por-isso-depois-da-lei-n-10-217-01>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada no Combate ao Crime Organizado*. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 2ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIGALHAS. STF homologou mais de uma centena de delações no âmbito da Lava Jato. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/301349/stf-homologou-mais-de-uma-centena-de-delacoes-no-ambito-da-lava-jato>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

POLÍCIA FEDERAL. *Operação Lava Jato – Números*. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

*U.S. District Courts—Criminal Defendants Disposed of, by Type of Disposition and Offense, During the 12-Month Period Ending June 30, 2017* (2017). Disponível em <[http://www.uscourts.gov/sites/default/files/data\\_tables/stfj\\_d4\\_630.2017.pdf](http://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/stfj_d4_630.2017.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2020.

SOUSA, Marllon. *Plea Bargaining no Brasil: o processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Juspodivm, 2020.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL DIANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO AO SANEAMENTO BÁSICO (MÍNIMO EXISTENCIAL) À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

Pedro Francisco de Mello Amarante

Graduado em Direito pelo Centro Universitário La Salle. Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

**Resumo** – tendo em vista as desigualdades sociais, é imprescindível a atuação do Estado para fins de promover políticas públicas e garantir uma qualidade de vida mínima aos seus cidadãos. No entanto, quando a Administração Pública se omite, o cidadão pode ir a juízo buscar os seus direitos. Nesse contexto, deve haver uma flexibilização da Teoria da Reserva do Possível frente ao mínimo existencial e uma intervenção do Judiciário diante da omissão do Executivo e Legislativo para assegurar a população condições de uma vida digna. Nesse sentido, o saneamento básico está incluído nesse rol na medida em que é um direito fundamental e basilar do cidadão.

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Teoria da Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Direitos Fundamentais. Saneamento Básico.

**Sumário** – Introdução. 1. A Teoria da Reserva do Possível e as políticas públicas. 2. O mínimo existencial, o direito ao saneamento básico e a responsabilidade da Administração Pública pela precariedade do serviço e por sua omissão na concretização de tal direito. 3. Possibilidade de Intervenção do Judiciário, a separação dos poderes e a legitimidade do cidadão para buscar uma tutela judicial. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a Teoria da Reserva do Possível diante do direito fundamental do cidadão ao saneamento básico (mínimo existencial). Procura-se demonstrar a necessidade de se relativizar a referida teoria quando esta estiver sendo utilizada pelo Ente Público para justificar e legitimar a sua omissão no desenvolvimento de políticas públicas, sendo necessário apreciar as questões jurídicas delicadas que envolvem o tema.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir a superação ou não da teoria da reserva do possível em busca da efetivação do direito do cidadão ao saneamento básico.

As limitações no orçamento público podem fazer com que o Ente Público não



tenha receita prevista em seu orçamento para atender todas as necessidades dos seus cidadãos, o que prejudica a elaboração de políticas aptas a atender o mínimo existencial quanto ao saneamento básico em algumas localidades. Diante dessa falha na prestação do serviço público, muitas demandas são ajuizadas requerendo providências para solucionar esses problemas e até pleiteando indenizações.

No entanto, questões delicadas envolvem a temática e favorecem as seguintes reflexões: Em que consiste a Teoria da Reserva do Possível e quais são os norteadores para destinação e aplicação do orçamento público e das políticas públicas? O que se entende por mínimo existencial? O direito ao saneamento básico se enquadra nesse rol? A Administração Pública quando omissa na realização de políticas aptas a concretizar tal direito deverá indenizar o cidadão prejudicado? Como devem ser enfrentadas as questões jurídicas referentes a separação de poderes, a possibilidade de intervenção do judiciário e a legitimidade do cidadão para buscar uma tutela judicial?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a intervenção do Poder Judiciário na destinação de verbas públicas.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “teoria da reserva do possível”, expor e identificar as questões jurídicas que envolvem o tema e suas complexidades. Pretende-se, ainda, comprovar que os cidadãos possuem legitimidade para ajuizar as ações pertinentes para tutela do seu direito, analisar a possibilidade ou não da relativização da teoria da reserva do possível na medida em que se encontra em conflito com o direito do cidadão ao saneamento básico e analisar a possibilidade de intervenção do judiciário por meio do controle judicial dos atos administrativos nos casos de omissão do Ente Estatal no desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao saneamento básico.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a Teoria da Reserva do Possível, bem como expondo os limites do orçamento público para atender as necessidades da população e os critérios norteadores para o estabelecimento das políticas públicas.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, sobre o dever da Administração Pública em garantir, ao cidadão, o direito constitucional ao saneamento básico (mínimo existencial), o impacto ambiental da omissão de obras públicas referentes ao saneamento básico, bem como da legitimidade do cidadão para propor uma ação judicial para fazer

valer o seu direito.

No terceiro capítulo, analisa-se a questão da separação dos poderes, da possibilidade de intervenção do judiciário e da aplicação ou relativização da teoria da reserva do possível.

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

## 1.A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Este trabalho científico discorre a respeito da Teoria da Reserva do Possível diante do direito fundamental do cidadão ao saneamento básico (mínimo existencial). Busca-se ponderar a referida teoria quando esta estiver sendo utilizada pela Administração pública como meio de excluir sua responsabilidade em desenvolver políticas públicas.

Nesse sentido, faz-se importante uma abordagem a respeito da teoria da reserva do possível, teoria essa que é originária do direito alemão e vem sendo muito utilizada pelas Procuradorias (órgão responsável pela defesa em juízo dos Entes Públicos) para excluir a responsabilidade desses Entes quanto à adoção de direitos sociais e políticas públicas.

Valendo-se dessa teoria, buscam justificar a omissão do Estado (ente público) em virtude da limitação orçamentária deste ou por motivos de contenção de gastos.

Assim, tem-se que o instituto da reserva do possível é pautado pelo postulado da razoabilidade na medida em que os indivíduos titulares dos direitos sociais que necessitam de políticas públicas para sua efetivação deveriam observar, de forma razoável, o que poderiam cobrar da sociedade. Ou seja, a reserva do possível afirma que a satisfação dos direitos fundamentais encontra restrição na capacidade orçamentária do Ente Público. Logo, representa um contraponto aos considerados gastos excessivos do Estado do Bem Estar Social uma vez que expõe a limitação dos recursos disponíveis do Estado para atender as necessidades ilimitadas da população.

Nesta esteira de raciocínio, destacam-se as lições do Ingo Wolfgang Sarlet<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista Brasileira de Doutrina* – TRF4, 2008.

Há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

Dessa forma, entende-se que, segundo a reserva do possível, não se poderia impor ao Estado uma obrigação de fazer que fugisse da razoabilidade e das suas possibilidades financeiras. Isso porque a teoria da reserva do possível tem como pressuposto a existência de limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito, sendo tal limite fático a escassez de recursos públicos e a razoabilidade.

Nesse sentido, destaca-se ainda as palavras da Leny Pereira Silva<sup>2</sup>:

o princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.

Ademais, sabe-se que tal instituto tem origem alemã, sendo introduzido no Brasil como forma de frear a aplicação dos direitos fundamentais pelos tribunais. No entanto, deve-se ter cautela na aplicação do referido instituto no direito pátrio. Afinal, tal teoria não pode ser aplicada nos mesmos moldes do direito alemão, uma vez que as realidades e contextos sociais e políticos dos dois países em questão são bem diferentes.

No Brasil, existe uma grande desigualdade social, cidadãos que são socialmente excluídos, pobreza, vários casos de corrupção e uma enorme carga tributária, realidade completamente distinta da alemã.

Na mesma esteira de raciocínio, as lições do Andreas Krell<sup>3</sup>:

Não podemos isolar instrumentos, institutos ou até doutrinas jurídicas do seu manancial político, econômico, social e cultural de origem. Devemos nos

---

<sup>2</sup> SILVA, Leny Pereira. *Direito à saúde e o princípio da reserva do possível*. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf)> Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>3</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*, Porto Alegre: S.A. Fabris. 2002, p.107.

lembrar também que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos [...] Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário.

Certo é que, pelas diferenças sociais gritantes do país originário da teoria para o Brasil, tem-se a necessidade de uma cuidadosa análise, por parte do magistrado, para aplicar tal instituto no caso concreto. Isso porque tal instituto, exceto com um justo motivo objetivamente aferível, não pode ser utilizado como meio para obstaculizar a concretização de políticas públicas definidas na Constituição.

Nessa linha de raciocínio, tem-se o entendimento do STJ<sup>4</sup>:

A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.

Observa-se, assim, que a referida teoria não pode ser usada como um meio para o Ente estatal escapar do dever de promover os direitos sociais.

## 2.O MÍNIMO EXISTENCIAL, O DIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA PRECARIEDADE DO SERVIÇO E POR SUA OMISSÃO NA CONCRETIZAÇÃO DE TAL DIREITO

Em contraponto ao que foi exposto no capítulo anterior, faz-se necessário a abordagem e análise do instituto do “mínimo existencial”. Isso porque o referido instituto é o principal instrumento para “quebrar” a teoria da reserva do possível e fundamentar as pretensões que tenham como objetivo obter da Administração Pública a concretização de direitos fundamentais para um vida digna.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1068731*. RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 17 de Fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisp/869714355/recurso-especial-resp-1679456-rs-201701439865>> Acesso em: 20 mai.2020.

Afinal, o Estado deve agir para promover a assistência social aos seus cidadãos, provendo condições mínimas para uma vida digna. É essa a principal *ratio* do postulado do mínimo existencial.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>5</sup>:

A assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais.

Ou seja, a Administração Pública, no momento em que o ordenamento pátrio adotou uma postura garantista, deve agir em prol de fornecer e concretizar os direitos fundamentais e, assim, impedir a insuficiência de recursos de natureza essencial.

Portanto, o mínimo existencial não seria apenas garantir as condições mínimas para sobrevivência, mas também garantir o mínimo para uma qualidade de vida.

Nesse sentido, o direito ao saneamento básico também estaria incluído neste rol de direitos que compõe o mínimo existencial. Pois, em consonância com o artigo 23, IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>6</sup>, é “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

Na mesma linha de raciocínio, o inciso V do art.30 da Constituição<sup>7</sup>, estabelece que:

Compete aos Municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Além disso, conceitua-se direito ao saneamento básico, de acordo com o art. 3º da lei nº 11445/07<sup>8</sup>, como sendo o:

conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de: abastecimento de água potável, constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;

<sup>5</sup> SARLET; FIGUEIREDO op.cit.

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2020.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> BRASIL. Lei nº 11.455, de 05 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/at02007-2010/2007/lei/11445.htm>> Acesso em: 02 abr. 2020.

esgotamento sanitário, constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas e drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas, conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

Destarte, entende-se que o saneamento básico é um direito fundamental social constitucional e uma garantia essencial para prover as condições mínimas de uma vida digna, portanto, integrante do núcleo entendido como “mínimo existencial”.

O desrespeito a esse direito, com a negligência do ente federativo e a prestação de um serviço precário, pode ocasionar danos gravíssimos aos cidadãos, com impacto na saúde, no ecossistema, na acessibilidade e nos imóveis.

Por exemplo, um serviço precário de água tratada, coleta e tratamento de esgotos gera um ambiente propício para proliferação de doenças, conseqüentemente, ataca severamente a população local, colocando em risco a saúde dos moradores, o meio ambiente e inviabilizando a acessibilidade.

Portanto, é indiscutível a importância do direito ao saneamento básico como um mínimo vital para uma vida digna.

Nesse sentido, a Lei nº 11.445/07 prevê o Plano Municipal Básico de Saneamento (PMSB), como exigência obrigatória para o Município garantir a promoção da segurança hídrica, prevenção de doenças, redução das desigualdades sociais, preservação do meio ambiente e o seu desenvolvimento econômico.

No que tange à responsabilidade da Administração Pública pela precariedade do serviço e por sua omissão na concretização de tal direito, tem-se que a Lei nº 11.445/07, em seu art.8º<sup>9</sup>, também prevê a possibilidade do Município delegar a regulação dos serviços de saneamento básico para empresas públicas ou privadas, estas últimas devem participar de licitação e contratar com o Poder Público por concessão ou permissão. É o caso, por exemplo, da CEDAE, da Águas de Niterói, Águas de Juturnaiba, entre outras.

Entende-se como contrato de concessão comum de serviço, conforme lições de Alexandre Santos de Aragão<sup>10</sup>:

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. ed. São Paulo: Fórum. 2017, p.321.





A delegação contratual e remunerada da execução de serviço público a particular para que por sua conta e risco o explore de acordo com as disposições contratuais e regulamentares por determinado prazo, findo o qual os bens afetados à prestação do serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público.

O importante é que, pelo contrato de concessão comum, há a desoneração da prestação de serviços públicos da titularidade do Poder Público. A razão dessa desoneração é a ausência de condições financeiras ou a conclusão de que não é conveniente que o serviço seja diretamente prestado pelo Estado. Assim, transfere-se a prestação a um agente privado que será remunerado, via de regra, pelas tarifas pagas pelos usuários quando da utilização do serviço.

O Estado, no entanto, manterá a titularidade do serviço concedido, bem como os controles públicos sobre ele. Em outras palavras, os serviços públicos concedidos não perderão a sua natureza pública. Há apenas a delegação do exercício à iniciativa privada, de modo que o serviço permaneça sob a titularidade estatal, nos termos do art. 175<sup>11</sup> da CF.

Dessa forma, conforme jurisprudência do STJ<sup>12</sup>, em que pese muitos Municípios, quando demandados judicialmente, alegarem ilegitimidade passiva ao afirmarem que a responsabilidade é da concessionária ou permissionária, tem-se que, se tratando de matéria ambiental, a responsabilidade entre concedente e concessionária é solidária se houver omissão na fiscalização por parte do Poder concedente. Ou seja, não pode o ente Municipal se excluir da responsabilidade por ato de concessionário do qual é fiador da regularidade do serviço concedido. Havendo omissão do Ente Federativo quanto ao dever de fiscalizar a boa execução do contrato perante o povo, há solidariedade do poder concedente.

Assim, constata-se que há responsabilidade da Administração Pública pela precariedade do serviço e por sua omissão na concretização de tal direito.

Logo, quanto à responsabilidade civil do Estado, sabe-se que o ordenamento pátrio é orientado pela teoria do risco administrativo, em razão da divisão do ônus na máquina pública por todos e possui caráter objetivo, ou seja, independe de culpa ou

---

<sup>11</sup> BRASIL, op.cit., nota 6.

<sup>12</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *A responsabilidade do Estado e das concessionárias de serviços públicos*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-11-19\\_08-00\\_A-responsabilidade-do-Estado-e-das-concessionarias-de-servicospublicos.aspx](http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-11-19_08-00_A-responsabilidade-do-Estado-e-das-concessionarias-de-servicospublicos.aspx)> Acesso em: 02 abr.2020.

ilicitude, bastando apenas a caracterização donexo causal entre o fato administrativo e o dano.

Nesse sentido, o art.37 parágrafo 6º da Constituição<sup>13</sup> assegura que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Nessa esteira de raciocínio, a Administração Pública também responde pela sua omissão, a qual ocorre quando o Estado tem o dever de agir, mas se mantém inerte por dolo, desídia ou negligência. Essa modalidade exige a presença de culpa para o dever de indenizar, conforme entendimento predominante. Podendo a culpa se dar em razão do não funcionamento, da demora na prestação ou da ineficiência de um serviço. Portanto, a omissão ilícita do Estado enseja sua responsabilidade civil.

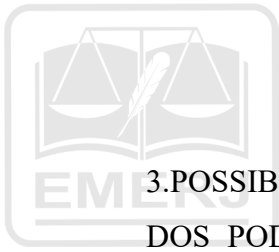
A título de exemplo, imaginem a seguinte situação: um bairro de um Município em que, mesmo havendo fornecimento de água e coleta de esgoto por uma concessionária (com recebimento de tarifa pelo serviço), existe um constante transbordamento de esgoto, o qual corre a céu aberto, exalando um forte odor e totalmente nocivo à saúde dos moradores. Imaginem também que mesmo após várias solicitações e reclamações junto à Prefeitura e à Concessionária, nenhuma medida fora tomada. E que por tais razões, fora ajuizada uma ação em face do Ente Municipal e da Concessionária. Caberia a responsabilização do Município?

No caso em tela, verifica-se a omissão ilícita do Ente Federativo diante da desídia ou negligência pelo não funcionamento e ineficiência do serviço. Portanto, restam configurados todos os elementos da responsabilidade civil, quais sejam a omissão (fato administrativo), onexo causal e o dano, logo cabe sim a responsabilização do Município.

Ademais, a mera alegação de ausência de previsão orçamentária pela teoria da reserva do possível não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. Isso porque, a não observância de tal política pública fere os princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado. Portanto, deve a tutela do mínimo existencial prevalecer sobre a reserva do possível.

---

<sup>13</sup> BRASIL, op cit., nota 6.



### 3.POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO, A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A LEGITIMIDADE DO CIDADÃO PARA BUSCAR UMA TUTELA JUDICIAL

Um argumento muito utilizado pelos entes públicos para suas defesas, em juízo, é a alegação de que não cabe ao Judiciário interferir na tomada de decisões públicas, pois se estaria violando a separação dos Poderes. Por tal razão, faz-se importante uma análise sobre o assunto e também sobre a sistemática de freios e contrapesos.

Certo é que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 2º<sup>14</sup>, estipula que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Ou seja, por tal dispositivo, a Carta Magna se remete a um dos pressupostos básicos de um Estado Democrático de Direito, qual seja, a separação tripartite dos poderes do Estado, há doutrina que defende ainda que o correto seria denominar como separação das funções estatais, ao sustentar que o Estado é uno, indivisível e o que se fraciona são suas funções.

Nesse sentido, destacam-se as seguintes lições <sup>15</sup>:

Segundo o pensamento de Montesquieu, nesse sistema, os poderes do Estado seriam divididos em: Legislativo, Executivo e Judiciário. O Poder Legislativo possui a função típica de legislar e fiscalizar; o Executivo, de administrar a coisa pública; já o Judiciário, julgar, aplicando a lei a um caso concreto que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses. Aplicar o Sistema de freios e contrapesos significa conter os abusos dos outros poderes para manter certo equilíbrio. Por exemplo, o Judiciário, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei é um freio ao ato Legislativo que poderia conter uma arbitrariedade, ao ponto que o contrapeso é que todos os poderes possuem funções distintas fazendo, assim, com que não haja uma hierarquia entre eles, tornando-os poderes harmônicos e independentes.

Extraí-se, portanto, que há uma divisão em 3 (três) poderes, tendo cada poder sua autonomia e sua função típica e atípica. Além disso, cada poder será autorizado a intervir para evitar abusos do outro e manter, assim, a convivência harmônica.

Nesta esteira de raciocínio, trazendo tais conceitos para os fins deste artigo, pergunta-se: pode o Judiciário intervir na decisão ou tomada de políticas públicas no que se refere ao direito ao saneamento básico?

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup>SARACHO, Antonio Benites; BARBOSA, Oriana Piske de A. *Considerações sobre a Teoria dos Freios e Contrapesos – Checks and Balances System*. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/10/sistema-de-freios-e-contrapesos-garante-harmoniaentreopoderes#:~:text=Sistema%20de%20frei.>> Acesso em: 02 mai. 2020.

Apesar das críticas de muitos juristas ao ativismo judicial nestes casos sob a alegação de que se estaria distorcendo o planejamento e provocando instabilidade orçamentária, sabe-se que o STF admite o controle jurisdicional de políticas públicas quando omissa a Administração a ponto de praticar lesão ao mínimo existencial de direito fundamental.

Ou seja, no que tange a discussão do caráter excepcional e limites para intervenção do Judiciário na esfera do Poder Executivo, especialmente quanto ao estabelecimento e cumprimento de políticas públicas constitucionais, frisa-se a competência para a efetivação dos direitos individuais e coletivos fundamentais, tendo em vista o estipulado na Constituição. A limitação da atuação administrativa afasta eventual violação do pacto federativo/ separação dos poderes, diante da importância dos valores em conflito. Assim, a omissão do poder público permite, em caráter excepcional, a legitimação da intervenção judicial para fins de garantir e efetivar o cumprimento dos direitos fundamentais constitucionais.

Quanto à legitimidade do cidadão para buscar uma tutela judicial, tendo em vista ser outro ponto que costuma ser alvo de ataques pelas Procuradorias dos Entes Federativos em juízo, tem-se que o cidadão não está incluído no rol dos legitimados elencados no artigo 5º da Lei 7347 de 1985<sup>16</sup>:

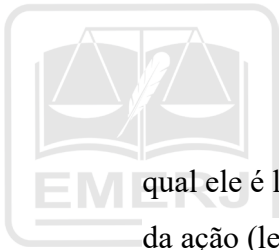
Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Observa-se, portanto, que o cidadão não está incluído neste rol. No entanto, cumpre-se dizer que a Ação Civil Pública não é o único instrumento apto a permitir que se ingresse em juízo em face de um Ente Federativo e uma concessionária pública para fins de obter medidas para garantir a eficácia das políticas públicas, no nosso caso, medidas aptas a garantir o funcionamento do sistema de saneamento básico.

Isso porque há também a possibilidade do cidadão ajuizar uma ação popular, da

---

<sup>16</sup> BRASIL. *Lei n° 7347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil\_03/LEIS/L7347orig.htm> Acesso em: 02 mai. 2020.



qual ele é legitimado, de acordo com o art.1º da Lei 4717/65<sup>17</sup>, preenchendo tal condição da ação (legitimidade):

Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

A discussão passa a ser então sobre o cabimento da ação popular contra atos lesivos omissivos, tendo em vista que a precariedade no sistema de saneamento básico se dá por conta de omissão ilícita da Administração Pública.

Portanto, apesar de não constar expressamente no corpo normativo, utilizando-se de uma interpretação constitucional sistemática e finalística, entende-se pela possibilidade de cabimento da ação popular contra ato omissivo. Isso porque as omissões que levam a precariedade extrema dos serviços de saneamento básico são lesivas a direitos fundamentais como atos lesivos à moralidade administrativa, já que constituem ilegalidade em sentido amplo.

Nesse sentido, também, considerando-se o acesso à justiça como um direito fundamental, previsto, expressamente, nas cláusulas de direito de petição e de inafastabilidade da tutela jurisdicional — artigo 5º inciso XXXIV “a” e XXXV<sup>18</sup> —, que obrigam o Estado a realizá-lo da forma mais abrangente, eficiente, célere e segura possível, pode-se afirmar que a ampliação constitucional sobre o objeto da ação popular se coaduna, perfeitamente, com o direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que amplia o âmbito de atuação jurisdicional do cidadão, conferindo-lhe legitimidade para buscar a tutela de direitos fundamentais.

Portanto, resta-se vencido mais um obstáculo na busca do cidadão para fins de obter uma tutela jurisdicional apta a conceder e fazer valer o seu direito fundamental ao saneamento básico.

<sup>17</sup> BRASIL. Lei nº4717, de 2 junho de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm)> Acesso em: 02 mai. 2020.

<sup>18</sup> BRASIL.op cit., nota 6.

## CONCLUSÃO

A Constituição vigente defende claramente o respeito aos direitos fundamentais de todos os cidadãos. Dentro desse contexto, é inegável a importância da participação do Estado. Assim, diante da previsão constitucional à tutela do bem jurídico (direito ao saneamento básico), surge uma obrigação de atuar do Estado.

De qualquer forma, dentro da sistemática constitucional, o exercício do mecanismo de freios e contrapesos pelos demais poderes é essencial, o que inclui a importância do controle judicial sobre os demais poderes. Assim, poderá o cidadão pleitear a intervenção estatal, via aparato judicial, para fins de obter uma tutela para seus direitos diante da falha do poder executivo.

Dentro desse quadro, as políticas públicas que visam à efetivação dos direitos mais básicos do povo brasileiro ganham relevância ímpar. Logo, a garantia do direito à vida, à liberdade ou a garantia daqueles direitos como saúde, educação e saneamento básico passam por ações do Estado que viabilizam o acesso a uma rede de serviços para fins de que tais direitos sejam respeitados.

No entanto, para efetivar tais direitos, o Estado deve empenhar seus recursos, reconhecidamente limitados, para atender necessidades ilimitadas dos seus cidadãos. Nesse contexto, os Entes Estatais se apoiam na Teoria da Reserva do Possível para aplicar seu orçamento com maior razoabilidade e eficiência, para fins de, num conflito de interesses, atender, prioritariamente, aquelas necessidades que irão satisfazer o interesse público.

Nada de errado até então, o problema surge quando a referida teoria passa a ser largamente utilizada para legitimar e justificar o não cumprimento das políticas públicas referentes a direitos sociais de natureza essencial. Isso porque, conforme toda a análise realizada no presente trabalho, deve prevalecer o dever do Estado de garantir o mínimo existencial, ou seja, uma vez que a Constituição adotou uma postura assistencialista, é obrigação da Administração Pública prover condições mínimas para uma vida digna aos seus cidadãos, ou seja, prover o básico.

No caso em questão, aborda-se um direito social, uma garantia de acesso a um sistema de saneamento básico para uma determinada comunidade. Trata-se, portanto, de um direito coletivo, uma garantia mínima para uma qualidade de vida digna aos cidadãos daquela área. Não pode, portanto, o Estado alegar insuficiência de recursos ou ilegitimidade, pois esse deve perseguir, ao máximo, prover o mínimo existencial.



Afinal, em que pese a possibilidade de delegar seus serviços por meio de concessões ou permissões, os Entes Federativos não se desobrigam do dever de fiscalizar e atuar para garantir a prestação de um serviço eficaz. Portanto, em caso de precariedade, poderão ser responsabilizados.

Assim, o Estado deve cumprir a sua função constitucional, sempre caminhando na direção da justiça social, assegurando e respeitando os direitos mais básicos por meio de uma intervenção efetiva, eficiente e equilibrada.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. ed. São Paulo: Fórum. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituicao.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *A responsabilidade do Estado e das concessionárias de serviços públicos*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-11-19\\_08-00\\_A-responsabilidade-do-Estado-e-dasconcessionarias-de-servicos-publicos.aspx](http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-11-19_08-00_A-responsabilidade-do-Estado-e-dasconcessionarias-de-servicos-publicos.aspx)> Acesso em: 02 abr.2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1068731*. RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 17 de Fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/869714355/recurso-especial-resp-1679456-rs2017-0143986-5>> Acesso em: 20 mai.2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.455*, de 05 de janeiro de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm)> Acesso em: 02 abr.2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm)> Acesso em: 02 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4717*, de 2 junho de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm)> Acesso em: 02 mai. 2020.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*, Porto Alegre: S.A. Fabris. 2002.

SARACHO, Antonio Benites; BARBOSA, Oriana Piske de A. *Considerações sobre a Teoria dos Freios e Contrapesos – Checks and Balances System*. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanheplanalto/noticias/2018/10/sistema-de-freios-e-contrapesos-garante-harmonia-entre-opoderes#:~:text=Sistema%20de%20frei.>> Acesso em: 02 mai. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista Brasileira de Doutrina – TRF4*, 2008.

SILVA, Leny Pereira. *Direito à saúde e o princípio da reserva do possível*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

## VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COM O EXERCÍCIO EXAGERADO DO PROSELITISMO RELIGIOSO

Philippe Nascimento Rosa

Graduado pela Universidade Estácio de Sá de Queimados-RJ. Advogado.

**Resumo** – a religião é constituída por crenças e costumes que merecem proteção constitucional, porém, isso não deve importar em violação dos direitos individuais e coletivos. Assim, desde a antiguidade já havia discussão de como o exercício da religião afetaria positiva ou negativamente o direito individual do ser humano. Com isso, cada vez mais se percebe a necessidade de resguardar o exercício do proselitismo religioso, sem que isso, afete a esfera individual de quem possua uma crença diferente. A essência do trabalho é abordar os parâmetros objetivos para que o intérprete da norma constitucional aplique o direito nos casos concretos em que esteja em discussão a violação de um direito fundamental como a vida, honra, moral e saúde por conta do exercício exagerado do proselitismo religioso.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Liberdade de crença. Proselitismo.

**Sumário** – Introdução. 1. Natureza jurídica e definição das Formas de liberdade religiosa (liberdade de crença, liberdade de consciência e liberdade de culto). 2. Liberdade de crença: adoção de uma religião e a influência do proselitismo religioso. 3. Da ponderação no exercício da liberdade religiosa. Conclusão. Referências.

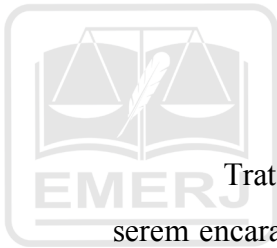
### INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a necessidade de se limitar o exercício do proselitismo religioso de forma a não violar outros direitos fundamentais. Dessa forma, a finalidade do trabalho é explicar os limites do proselitismo religioso, bem como a necessidade de haver ponderação na aplicação do direito a liberdade religiosa, para que não viole outro direito fundamental como a honra e a moral.

Para o desenvolvimento desse tema científico, mencionam-se as divergências jurisprudenciais sobre o tema, haja vista que nos próprios Tribunais Superiores os critérios para se declarar uma conduta violadora ou não de norma fundamental tem sido tratado de forma diferente, em casos fatidicamente parecidos e de igual causa de pedir.

A natureza jurídica do proselitismo visa estabelecer o seu status como norma fundamental, logo, sua identificação no caso concreto pressupõe um estudo teórico sobre sua essência. Além disso, para que seja objeto de ponderação torna-se essencial tratar o direito à liberdade religiosa dentro do caso concreto, pois é evidente sua existência e sua aplicação prática, mas o subjetivismo muitas vezes pode vir caracterizado pelo preconceito.





Trata-se de um tema extremamente polêmico, pelo fato de os ensinamentos religiosos serem encarados por muitos como algo incontestável, sendo que a reflexão interpretativa do Judiciário não deve levar em consideração dogmas, mas sim o bem coletivo.

Para que o trabalho ganhe maior incidência prática, busca-se conceituar e apresentar a classificação do proselitismo religioso dentro da liberdade religiosa. Ainda, é preciso apresentar ao leitor, a possibilidade de uma real comunhão entre as diversas religiões e, também, que ao final seja possível retirar de certas práticas religiosas um bom proveito para a sociedade, como o bem-estar social, a solidariedade e desenvolvimento pessoal. Isso somente será possível, quando se limita o âmbito de aplicação desses direitos.

Preliminarmente, o trabalho apresenta os conceitos jurídicos e a natureza do proselitismo religioso, principalmente sua finalidade normativa que não pode ser tratada de maneira absoluta.

Na linha de desenvolvimento do trabalho em que vai se problematizando gradativamente com os capítulos, chega-se a sua segunda parte visando sustentar que o exercício da liberdade de crença em determinadas situações gera violações de direitos, logo, é necessário estipular critérios mínimos para não violar o direito de crença de outrem ou até o seu ceticismo. Além disso, busca-se com o trabalho perceber como a religião pode colaborar juridicamente e politicamente na sociedade atual.

No terceiro capítulo há maior incidência no problema do exercício exagerado do proselitismo, pois no capítulo anterior busca-se mostrar os aspectos positivos para não violação. Aqui trata dos aspectos negativos, pois determinadas situações vão além de mero preconceito e passam a ser caracterizados como delitos.

A pesquisa é desenvolvida pelo método comparativo, uma vez que o pesquisador pretender trazer dois julgamentos sobre a matéria que foram decididos de formas diferentes, e com isso chegar ao ponto controvertido em que houve divergência.

Para tanto, a forma como será justificada a pesquisa é necessariamente qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende se valer de bibliografia pertinente ao tema, analisada e enquadrada na fase exploratória da pesquisa, para fundamentar a sua tese.

## 1. NATUREZA JURÍDICA E DEFINIÇÃO DAS FORMAS DE LIBERDADE RELIGIOSA

Primeiramente, deve-se compreender a natureza e as classificações da liberdade religiosa, para que se possa construir um raciocínio dedutivo sobre quando o proselitismo religioso seria exagerado. Logo, essas classificações visam problematizar o tema de forma gradativa, conforme o discorrer dos capítulos.

Antes de se falar da liberdade religiosa é essencial explicar o que são os direitos fundamentais. Esses como explica Ingo Wolfgang Sarlet, na linha de J.J. Canotilho, “de que a expressão “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”<sup>1</sup>.

Além disso, os direitos fundamentais possuem como características a historicidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, concorrência, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade. Logo, percebe-se que esses atributos se aplicam a liberdade religiosa.

Outro ponto de suma importância dos direitos fundamentais é como se dá a sua fundamentalidade, assim, dividem-se em formal, o qual se liga ao direito positivado na Constituição do Estado, tendo como principais aspectos: ser parte integrante da Constituição e terem qualidade de normas constitucionais (procedimento agravado e cláusulas pétreas e por fim norma que se aplique imediatamente as entidades públicas e privadas)<sup>2</sup>.

Ainda fazendo parte da fundamentalidade desses direitos existem as concepções materiais, que são normas de estrutura básica do Estado e da sociedade<sup>3</sup>.

Diante dessa análise doutrinária sobre os direitos fundamentais, é essencial mencionar que eles não são absolutos. Com isso, necessário esclarecer os seus limites que podem ser explicados na fórmula de Jorge Reis Novaes, sendo na verdade, condutas dos poderes Públicos ou de particulares que restrinjam o bem jurídico protegido, o qual afeta o seu exercício, bem como reduzindo os deveres Estatais sobre o direito<sup>4</sup>.

Portanto, essas noções iniciais são imprescindíveis para análise do direito à liberdade, por conta de estar positivado na norma Constitucional da República Federativa, conforme o Título II, capítulo I, artigo 5º, inciso VI, da CRFB/1988<sup>5</sup>.

---

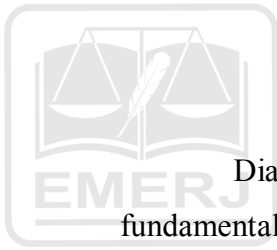
<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 29.

<sup>2</sup> Ibidem. p. 75-76.

<sup>3</sup> Ibidem. p. 75.

<sup>4</sup> Ibidem. p. 410.

<sup>5</sup> ANGHER, Anne Joyce, (Org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 29 ed. São Paulo: Rideel, 2019. p.18.



Diante disso, é possível dizer que o direito à liberdade religiosa é um direito fundamental positivado de fundamentalidade formal, com características fundamentais e de caráter não absoluto, podendo sofrer limitações. Ora, com base nessas limitações é que se propõe o presente trabalho.

A liberdade religiosa, assim como a religião, é dotada de grande carga histórica, a qual compreende uma das características dos direitos fundamentais, que perfaz desde a Antiguidade, sendo que a religião estava diretamente ligada a política, criando um elo entre as pessoas e a sociedade, até Idade Contemporânea<sup>6</sup>.

A característica histórica da liberdade religiosa é de imprescindível menção, por conta da sua carga valorativa nas decisões do Estado, principalmente pela influência que a religião tem no Brasil. Sendo que em 2010, somente 8% dos entrevistados pelo IBGE se declararam sem religião<sup>7</sup>.

Sendo assim, a liberdade religiosa é a manifestação do pensamento e da consciência, mas diferentemente de outros, autores que não entendem pela separação entre o *forum internum e externum*<sup>8</sup>, Thiago Magalhães Pires entende ser necessário essa distinção, pois “as pessoas se distinguem no mundo, é pelo que dizem e agem que elas mostram como pensam e sentem”<sup>9</sup>.

Com isso, é possível determinar basicamente a forma como a sociedade se comporta em suas relações, explica o autor<sup>10</sup> que:

ser e agir não são planos separados da existência; eles se comunicam a tal ponto que ninguém pode ser como considera melhor se não for lhe dado agir como considera melhor. Se as pessoas existem aos olhos das outras pela forma como agem, elas só poderão ser como quiserem se puderem agir como quiserem.

Além da análise conceitual da liberdade religiosa, cabe aprofundar um pouco mais sua vertente dogmática. Sendo que possui outras facetas que são a liberdade de crença, de consciência e de culto.

A liberdade de crença está no âmbito do *forum internum*, que integra a autodeterminação pessoal, sendo precipuamente a capacidade de se identificar com algo<sup>11</sup>. Logo, a liberdade de crença engloba a possibilidade de adotar ou não uma religião sem ser

---

<sup>6</sup> PIRES, Thiago Magalhães. *Entre a Cruz e a Espada: liberdade religiosa e laicidade do Estado*. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2018, p. 10-29.

<sup>7</sup> V. IBGE. *Censo Demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012, p. 91.

<sup>8</sup> PIRES, op. cit., p. 123.

<sup>9</sup> Ibidem. p. 126.

<sup>10</sup> Ibidem. p. 126.

<sup>11</sup> PIRES, op. cit., p. 131.



prejudicado pela escolha, bem como o direito de realizar o proselitismo religioso (forma de empreender esforços para convencer pessoas a também se converterem àquela religião).

Quanto a liberdade de culto, trata-se na verdade de um estilo de vida adotado pelo indivíduo, o qual é influenciado por concepções religiosas, que diante dessas características o fazem externar no seu cotidiano, englobando não apenas as liturgias e rituais, mas o indivíduo tem sua personalidade moldada pelas práticas religiosas. Logo, é a prática da religião em si<sup>12</sup>.

E por fim, tem-se a liberdade de organização religiosa, compreende a facilitação do exercício das entidades religiosas, como aquisição da personalidade jurídica, a não discriminação dessas entidades, bem como a implementação de regimes jurídicos mais benéficos<sup>13</sup>. Com esse incentivo, o crescimento e diversidade das religiões no país se torna muito comum e conseqüentemente sujeito a proteção.

Depois de todo esse arcabouço doutrinário, é possível se chegar ao tema principal e controvertido em questão, que consiste no exercício do proselitismo religioso, bem como a sua natureza. Esse consiste em um direito fundamental formal, de caráter não absoluto, analisado dentro da liberdade religiosa e mais especificamente, a liberdade de crença, sendo aferido dentro da autodeterminação do indivíduo no seu *forum internum*.

A sua natureza ganha relevância pelo fato de ser aplicado ao seu exercício as mesmas limitações e características dos direitos fundamentais, bem como o respeito a sua manifestação. Assim, sua manifestação pressupõe limites, mas que serão estudados a frente com maior robustez em virtude da sua classificação doutrinária.

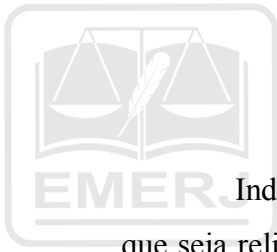
Diante disso, não resta dúvida que a possibilidade que um indivíduo possui de tentar convencer o outro não se confunde com uma espécie de lavagem cerebral ou então forçar outro a participar da sua religião. Sendo necessário entender que o fato de uma pessoa adotar uma religião não a diminui perante os demais indivíduos que compõe aquela sociedade, mas sim deve ser respeitado. Isso compreende a possibilidade de não sofrer agressão por causa da religião que venha adotar, bem como o direito de ser tratado de forma isonômica, independente de como o indivíduo se comporte diante de suas escolhas religiosas.

Portanto, pode-se concluir que o proselitismo religioso é um direito assegurado, que deve ser tratado com normalidade, dentro dos padrões de razoabilidade, mas que não deve ser objeto de discriminação ao exercê-lo, bem como não se deve discriminar quem não pretende recebê-lo, ou seja, aderir as ideias do proselitismo.

---

<sup>12</sup> Ibidem, p. 145.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 160-161.



Independe da religião que se adota ou que não venha adotar uma, pois, a definição do que seja religião é diversa, por exemplo, para a concepção substancial, somente será religião aquela que traz a figura de um ser todo poderoso (deus ou Deus). Enquanto, para a concepção funcionalista, a religião é fundada na sua prática e sua função desempenhada. Além dessas teorias, há a concepção analógica, a qual é a fusão da visão substancial e funcionalista, chegando-se a uma possível definição do que seja religião<sup>14</sup>.

Embora, as referidas teorias sejam importantes, essa proteção como direito fundamental não necessariamente se aplicaria apenas a religião, mas a todo discurso com caráter semelhante. Logo, o discurso não religioso também se qualificaria como um direito fundamental<sup>15</sup>, sendo que é sobre esse instituto que o proselitismo deve ser limitado, de maneira a respeitar o direito do próximo.

## 2. LIBERDADE DE CRENÇA: ADOÇÃO DE UMA RELIGIÃO E A INFLUÊNCIA DO PROSELITISMO RELIGIOSO

Nesse capítulo, o trabalho visa enfatizar a liberdade de crença sobre o prisma da adoção de uma religião e o proselitismo religioso, o qual será feito de forma mais detalhada, por envolver não apenas o poder de exercê-lo, mas também de não violar outros direitos.

A adoção de uma religião envolve muitos fatores culturais e sociais, sendo que a grande maioria é influenciada pela família, seja evangélica, judia, mulçumana, entre outras. Com isso, o Estado tem o dever de resguardar esse direito, pois como explica Thiago Magalhães, “que uma pessoa fica impedida de realizar alguma conduta que tivesse *prima facie* amparada pela leitura mais ampla possível de um direito fundamental”<sup>16</sup>.

Logo, quando alguém sofre restrição desse direito se estaria violando um mandamento constitucional.

Por outro lado, quanto ao proselitismo religioso, não há nenhum empecilho a que uma pessoa empreenda esforços para convencer outrem de que a sua religião é a mais adequada. Porém, há certas situações as quais extrapolam a razoabilidade e proporcionalidade.

---

<sup>14</sup> PIRES, op. cit., p. 330-333.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 341.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 175.



Primeiramente, é necessário entender que as limitações ao exercício da liberdade religiosa, em específico do proselitismo, deve ter amparo legal, conforme salienta o artigo 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas<sup>17</sup>.

Exemplos muito comuns dessas limitações por meio da lei, pode-se encontrar em leis que estabelecem o controle sonoro em pregações, bem como os locais em que é permitido realizar despachos religiosos (normalmente no Candomblé). Outro exemplo, mas de cunho jurídico-processual, encontra-se na norma do artigo 207 do CPP/1941, sendo que pessoas as quais exercem ministério (como Pastores, Padres, etc.) estão proibidas de prestar testemunho, em virtude do dever de resguardar segredo<sup>18</sup>.

Essas restrições estão diretamente ligadas ao poder de escolha do indivíduo (ou seja, há casos em que não restará opções). A escolha se faz presente quando é possível atribuir prioridade a algo que se tenha mais importância. Quando essa possibilidade é extirpada do ser humano, no caso, em relação a poder ou não se dedicar a uma religião, haverá violação da liberdade religiosa.

Isso influencia o desenvolvimento da laicidade do Estado, sendo que certos Estados limitam essa autodeterminação, mas não necessariamente a extirpam. Os Estados não laicos dividem-se em teocráticos, secularistas e confessionais; enquanto, de outro lado, há os Estados laicos.

Os Estados teocráticos têm como escopo a união do poder político e o religioso. Além disso, as atividades seculares são administradas por clérigos ou equiparados, os quais possuem competência jurídica para intervir nas decisões judiciais<sup>19</sup>, tem-se como exemplo o Estado da Cidade do Vaticano.

Além dos Estados teocráticos, tem-se os secularistas, que adotam a exclusão dos discursos religiosos na esfera política<sup>20</sup>. E fechando os tipos de Estados quanto a não laicidade,

<sup>17</sup> BRASIL. *Decreto n° 678*, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www .planalto.gov.br/ ccivil \\_ 03/ decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 17 dez. 2019.

<sup>18</sup> ANGHER, op. cit., p. 427.

<sup>19</sup> PIRES, op. cit., p. 242-243.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 244.



o confessionalismo, o qual pressupõe a filiação do Estado a uma crença, podendo haver interferência da religião sobre a política e vice-versa, como exemplo o Estado de Mônaco<sup>21</sup>.

O ponto em comum dos Estados não laicos é justamente a influência da religião na seara política, a qual influencia diretamente nas decisões de governança do Estado, bem como a forma como o povo terá maior ou menor autodeterminação. Tendo os costumes, liberdades e decisões de políticas públicas direcionadas a certo seguimento ou desfavorecendo aqueles já instituídos.

Por outro lado, compatibilizando-se com o Estado Democrático de Direito tem-se o Estado Laico, em que o Poder Público se coloca em posição distante quanto aos discursos religiosos ou sobre a religião, ou seja, não adota como princípio governamental, mas respeita a sua propagação<sup>22</sup>.

O Brasil adota a laicidade como pilar para governar o país, logo, é inconstitucional norma que impeça o exercício do proselitismo, quando impede que o cidadão convença o seu interlocutor, bem como é ilícito condutas violentas que discriminam a sua propagação. Mas, esse convencimento não pode suprimir os direitos fundamentais.

Alguns desses direitos fundamentais são mencionados pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos como a segurança, ordem, saúde e moral. Esses direitos são limitações ao exercício do proselitismo religioso, sendo que não se pode convencer outrem de suas convicções suprimindo os direitos acima.

O direito a segurança pode ser analisado sob diversos prismas, como a segurança jurídica, a segurança de domicílio, das comunicações e em relação a matéria penal. No caso do proselitismo, a maior incidência é sobre no âmbito penal, tendo em vista as consequências que o exagero do proselitismo pode chegar, como ao ponto de importunar a esfera íntima de outrem.

Sendo que o argumentador que defende sua crença não pode agir de modo a ofender a crença de outrem ou discriminando, de modo que isso se torne um afastamento daquela classe, sob pena de configurar um delito contra a honra.

Quanto ao direito à saúde, a norma da Lei nº 8.080/1990 traz uma definição em seu artigo 2º, parágrafo 1º:

Consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 245.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 248.

<sup>23</sup> BRASIL. *Lei nº 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 17 dez. 2019.



Dessa forma, quem exerce o proselitismo não deve atuar de forma que imponha sacrifícios exacerbados a outrem, tendo em vista que em certas religiões colocam como alguns costumes o flagelo do corpo ou ficar muito tempo sem realizar atividades, comuns do cotidiano. Principalmente, quando realizado de maneira coativa, não proporcionando escolha ao indivíduo.

Vale a pena ressaltar também, sobre o direito à ordem e à moral, haja vista serem complementares. Sendo que muitos atos praticados por religiões extrapolam a moralidade dentro da sociedade moderna, como proibir que uma mulher viaje para o exterior ou abrir uma conta bancária<sup>24</sup>. Sendo que em diversos países laicos, não possuem essas restrições, mas, no Islã, por exemplo, isso é lei.

Ou seja, é um ponto que vai além do próprio proselitismo religioso, desenvolve-se como um dever imposto pelo Estado. Aqui o próprio Estado suprime a liberdade dos cidadãos, fato em que em território brasileiro tal atitude é incompatível.

Portanto, todas essas limitações devem caminhar juntamente com a conduta religiosa de propagação do pensamento e ideologia religiosa.

O último ponto, de forma breve, sobre o presente capítulo, é relatar sobre a influência que a liberdade de crença pode ter no cenário jurídico e político.

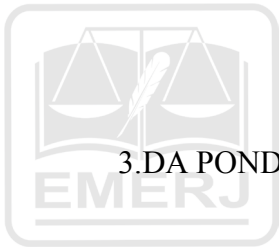
No primeiro caso, os magistrados devem despir-se de seus subjetivismos para então analisar os casos concretos com imparcialidade, de modo a não transformar o provimento Judicial em uma forma de favorecer determinada classe, o qual não tem espaço dentro da tutela jurisdicional. Além disso, é necessário que a sentença se baseie em critérios objetivos.

No cenário político, a questão se faz mais complexa, pois é direito do cidadão escolher o candidato que se coaduna com suas concepções, ainda que religiosas, perfazendo o cenário democrático. Porém, o eleito não deve defender apenas os interesses de determinada classe, mas ser mais abrangente e defender o interesse coletivo, de forma a harmonizar os pensamentos diferentes.

---

<sup>24</sup> BBC NEWS BRASIL. *7 coisas que as mulheres sauditas não podem fazer mesmo após alcançarem direito a dirigir*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41431798>>. Acesso em: 17 dez. 2019.





### 3. DA PONDERAÇÃO NO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA

Nesse capítulo, o intuito do autor é estabelecer os impedimentos que implicam em violação dos direitos fundamentais citados no capítulo 2. Sendo que o principal ponto será trazer a matéria penal à tona, com relação ao crime de racismo e intolerância religiosa. Tendo como base as decisões da Corte Superior do país.

Atualmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de garantir o exercício do proselitismo religioso, mas limita em certos pontos, principalmente sua possível configuração, como o racismo. Porém, a forma de interpretar dentro do próprio STF não é unânime, sendo que houve dois julgamentos que versavam sobre o mesmo tema, porém, com fechamentos diferentes (RHC n° 146303/RJ e RHC n° 134682/BA).

Assim, os acórdãos paradigmas trazem pontos em comum e outros que se diferenciam. Dessa forma, para estabelecer os melhores critérios para a ponderação do direito fundamental a liberdade religiosa, é necessário dar ênfase nos pontos que se assemelham.

Preliminarmente, deve-se compreender que o crime de racismo se encontra tipificado na Lei n° 7.716/89 em seu artigo 20, parágrafo 2º<sup>25</sup>, o qual tem como principal elemento típico delitivo, que o agente demonstre o especial fim de agir consubstanciado na supressão ou redução da dignidade de outrem. Com base nesse aspecto, passa-se a analisar os critérios que o STF usou para decidir os casos em tela.

No acórdão, em que se sagrou vencedor, do Ministro Edson Fachin, tratou-se do caso de um Padre, o qual escreveu um livro que continha trechos criticando as religiões de origem africana. Nesse, o STF entendeu que se tratava de um direito ao proselitismo religioso, tendo em vista não estar presente o especial fim de agir do tipo; a Corte entendeu que se tratava do exercício do proselitismo, por meio da comparação entre religiões<sup>26</sup>.

Então, é possível entender que o limite ao proselitismo é apenas externo, no sentido de não suprimir o direito de outrem aderir certa crença, mas está sujeita a críticas, bem como a argumentos que o coloquem como algo contrário a moral defendida por certa religião.

Por outro lado, um julgamento que tinha a mesma discussão jurídica teve resultado diverso. Tratava-se do caso de um Pastor que fez críticas incisivas a outras religiões por meio

<sup>25</sup> BRASIL. Lei n° 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm)>. Acesso em: 18 dez. 2019.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n° 134682/BA. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125>>. Acesso em: 18 de mai. 2020.



de veículo de comunicação via internet. Aqui a Suprema Corte entendeu que houve dolo específico de incitar o ódio<sup>27</sup>.

Nesse caso, o Ministro Relator Edson Fachin não se sagrou vencedor em seu voto, o qual seguia o entendimento do acórdão anterior. Em sentido contrário e vencedor nesse julgado, o Ministro Dias Toffoli explicou que o discurso de ódio não está amparado pela cláusula do direito constitucional de liberdade de expressão.

Abrindo um adendo, do que seria o discurso de ódio (*hate speech*), como sendo uma forma de incitação a intolerância, que no caso é a religiosa, direcionado geralmente às minorias<sup>28</sup>. A grande problemática é dessa manifestação sair da mera tentativa de convencimento, para que venha a subjugar o outro indivíduo, tornando uma verdadeira supressão do direito fundamental.

Embora a argumentação seja muito bem estruturada, não coaduna com a situação acima exposta, não devendo assistir razão a esses fundamentos. Pois, a tentativa de fazer com que cada caso seja julgado conforme as peculiaridades que lhes apresentam, não se pode configurar como uma discricionariedade exacerbada, bem como favorecendo classes específicas e desfavorecendo outras.

Ora, qual a diferença entre a conduta de realizar críticas via internet e a publicação de um livro? Exatamente, não há. Logo, percebe-se que não houve coerência. Por outro lado, o Ministro Edson Fachin manteve sua posição. Diante disso, segue-se um trecho do seu voto:

proselitismo, portanto, ainda que acarrete incômodas comparações religiosas, não materializa, por si só, o espaço normativo dedicado à incriminação de condutas preconceituosas. Referida ação constitui não apenas desdobramento da liberdade de expressão religiosa, mas, mais do que isso, figura como núcleo essencial desse direito, de modo que negar sua prática configuraria, inafastavelmente, excessiva restrição às liberdades constitucionais<sup>29</sup>.

Como mencionado, o discurso de comparação entre religiões ainda que seja abrupto ou incisivo (dizendo que certa religião não é a correta perante os olhos de DEUS ou que se não seguir àquelas práticas sofrerá pelos seus pecados, etc.) não acarreta o crime de racismo, pois isso, faz parte do proselitismo religioso.

Logo, como menciona Luís Roberto Barroso de que a “supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC n° 146303/RJ*. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>>. Acesso em: 18 de mai. 2020.

<sup>28</sup> LEX MAGISTER. *Hate Speech: o Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e seus Limites*. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_24273022](http://www.editoramagister.com/doutrina_24273022)>. Acesso em: 18 dez. 2019.

<sup>29</sup> BRASIL, op.cit., nota 27.



escalonada, em diferentes níveis”<sup>30</sup>. Por isso, nenhuma lei ou interpretação (como no caso) deve se afastar ou suprimir os direcionamentos que estão nela.

O caminho para a liberdade de crença sob o prisma do proselitismo religioso se dá também por meio de critérios negativos, ou seja, não se deve transformar esse exercício na subjugação ou extermínio da religião de outrem, fato em que não se assemelha com a comparação argumentativa.

Além disso, a norma infralegal sobre o racismo se permeia comumente pelo preconceito da sociedade. Esse, é uma pré-concepção que se tem de uma pessoa, com base em suposições que muitas vezes não correspondem à realidade. No caso em questão, busca-se evitar o preconceito religioso, tendo em vista que o exagero pode resultar em manifestações violentas, perseguições, separação e até mesmo no seu fim mais extremo, a guerra<sup>31</sup>.

Um triste exemplo de preconceito extremo foi o Holocausto, ocorrido na década de 1940, que resultou no extermínio de milhares de judeus. Sendo que o projeto idealizado por Adolf Hitler era no sentido de colocar os brancos germânicos como únicos no mundo, expandindo-se pelo mundo. Isso porque, Hitler considerava essas pessoas como superiores a todos os demais seres humanos; visando, assim, subjugar todos os demais. E sobre os judeus o argumento não era diferente, pois o líder alemão a época acreditava que os judeus corromperam a história da humanidade pela propagação do cristianismo. Logo, ele queria, segundo o seu entendimento, torna as coisas à ordem natural<sup>32</sup>.

Diante dessa abordagem histórica, percebe-se o quão perigoso é o direito à liberdade religiosa levada ao extremo. Sendo que assegurar a possibilidade do seu exercício não retira os cuidados com que os Poderes instituídos constitucionalmente no Estado Democrático devem estabelecer para que não haja violação dos direitos fundamentais, principalmente a vida, como foi suprimido na época da Alemanha nazista.

Já que a vida humana nas palavras de Luis Recaséns Siches é o:

Complexo de propriedades e qualidades às quais as pessoas naturais se mantêm em contínua atividade funcional, que se desenvolve entre o nascimento e a morte, embora a ordem jurídica brasileira ponha a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, como também possibilita a reclamação de perdas e danos por ameaça ou lesão a direitos após o falecimento, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Controle de constitucionalidade*. 7 ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p.23.

<sup>31</sup> JUS NAVIGANDI. *Os diversos tipos de preconceito e os impactos no ordenamento jurídico*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/75478>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

<sup>32</sup> HISTÓRIA DO MUNDO. *Holocausto*. Disponível em: <<https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/holocausto.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

<sup>33</sup> SICHES apud MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 195-196.



Portanto, é notória a imprescindibilidade do direito à vida, bem como sua subdivisão que consiste na integridade física e moral. Caso em que qualquer conduta que tenha a finalidade de ceifar vida alheia deve ser rechaçada, principalmente quando de origem religiosa.

Isso porque a religião não deve ter o intuito de separação das nações, mas sim visar a união entre os povos, aprendendo com as diferenças e as respeitando, pois embora um cristão, por exemplo, não venha a frequentar os centros de Umbanda, é possível aprender com o estilo de vida do umbandista, e vice-versa.

Assim como, ensina o texto bíblico em 1 Coríntios 13: 4-7:

O amor é paciente, o amor é bondoso. Não inveja, não se vangloria, não se orgulha. Não maltrata, não procura seus interesses, não se ira facilmente, não guarda rancor. O amor não se alegra com a injustiça, mas se alegra com a verdade. Tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suporta<sup>34</sup>.

Ora a grande arma argumentativa do proselitismo, embora seja lícito e constitucional não é a comparação entre religiões em que sobrepõe uma sobre a outra, mas sim o estilo de vida, bem como a propagação do amor ao próximo por meio da solidariedade.

É necessário entender que juridicamente é assegurado o exercício do proselitismo religioso ainda que a sua fundamentação seja a crítica, sendo a melhor posição jurídica a ser seguida e que se deve levar para sanar os conflitos dos jurisdicionados. Porém, é possível ir além do lado meramente acadêmico e prático do dia a dia forense, sendo que um bom magistrado não julga papéis, mas sim pessoas.

Com isso, o juiz deve estar sensível na instrução dos processos para poder analisar caso a caso e saber, quando houve ou não extrapolação de um direito fundamental.

Diante disso, o juiz poderá realizar um bom trabalho sem colocar suas concepções religiosas como papel de fundo para solucionar os casos, mas todo o aprendizado que se obtém com o respeito ao religioso, seja de que denominação for ou o cidadão que se abstém de acreditar em algo, caso em que será importante para solucionar da maneira mais justa possível os problemas que lhe são apresentados.

Portanto, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudências que são conflitantes, o que dificulta saber a forma ideal de ponderar o direito ao proselitismo, sendo que em certos casos chegam a ser incoerentes, problema que pode ser sanado com o julgamento de

---

<sup>34</sup> THOMPSON, Frank Charles. *Bíblia Thompson*: Letra Grande. São Paulo: Vida, 2014, p. 1331.



outros casos envolvendo a matéria religiosa, mas que as fundamentações sejam voltadas para o interesse coletivo e a liberdade religiosa.

Assim como diria José Saramago “Eu acredito no respeito pelas crenças de todas as pessoas, mas gostaria que as crenças de todas as pessoas fossem capazes de respeitar as crenças de todas as pessoas<sup>35</sup>”. Logo, é importante respeitar a esfera individual do outrem, para que o direito de escolher um seguimento religioso não seja restringido.

## CONCLUSÃO

O artigo constatou, como ponto controvertido, a existência de violação de direitos fundamentais, quando do exercício do proselitismo religioso de forma exagerada. A discussão se instaura quando do confronto da liberdade religiosa e outros direitos fundamentais como moral, saúde, segurança e ordem, ambos postulados advindos da Dignidade da Pessoa Humana.

Com isso, como toda discussão há dois lados a serem defendidos, o primeiro, é o que visa resguardar o seu direito de professar a sua ideologia religiosa, enquanto o outro pretende que os seus direitos como cidadão não sejam violados pelo exercício do proselitismo religioso.

Em virtude da necessidade da ponderação dos interesses discutidos, foi possível chegar à conclusão de que os provimentos Judiciais são dotados de critérios muito coerentes para diferenciar situações de ilícito ou não, porém, casos particulares têm tirado a imparcialidade de grandes juristas, sendo que embora cada caso deva ser solucionado de forma individualizada, há certos pontos em comum que não podem fugir da decisão mais segura e unânime.

Especificamente se baseia a controvérsia sobre dois acórdãos de relatoria do eminente Ministro Edson Fachin, o qual manteve a sua posição nos dois julgados se sangrando vencedor em apenas um deles. Por outro lado, a Corte no RHC nº 146303/RJ decidiu em sentido contrário em relação a caso semelhante, levantando como principal argumento a constatação de incitação de ódio, por meio do qual violou o direito ao exercício do proselitismo religioso.

Na linha inicial, buscou-se estabelecer os conceitos jurídicos pelos quais caminham o proselitismo religioso, principalmente sua natureza jurídica como direito fundamental e a partir de então aplicar as características comuns a todos aqueles, nele, proselitismo religioso.

Posteriormente, o pesquisador pretendeu estabelecer alguns parâmetros para se identificar o que seriam os limites para fins de proselitismo e a escolha ou não de uma crença. Além disso, foi preciso se atentar sobre as consequências da escolha de uma posição religiosa

---

<sup>35</sup> PENSADOR. *José Saramago*: Eu acredito no respeito pelas crenças. Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/MTE2ODM4Mw/>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

na esfera política e judicial, quanto as tomadas de decisão administrativas e judiciais, como o favorecimento de certas classes.

O principal fundamento usado por esta pesquisa, para solução da questão, sustentou-se na premissa de que cada pessoa é inviolável em seu direito fundamental, enquanto núcleo duro.

A intersubjetividade como um padrão deve ser valorizado não apenas como matéria doutrinária, mas também pela Corte Constitucional do país, ainda mais um que seja laico como o Brasil, pois o magistrado deve ter sabedoria para lidar com as particularidades dos jurisdicionados, buscando a pacificação social.

Por outro lado, é essencial que não haja violação dos direitos individuais. Sendo que todo cidadão brasileiro tem a liberdade de se abster de seguir uma religião, sendo livres para viverem da forma que sua capacidade de autodeterminação direcione.

Evidentemente que a proposta do autor consiste na tese de que não há outro caminho a não ser a imparcialidade na aplicação dos princípios constitucionais para solucionar conflitos entre direitos de mesma hierarquia, como os fundamentais. Além disso, o Estado Democrático de Direito pressupõe que as decisões sejam voltadas a coletividade e não a uma classe específica.

Portanto, a interpretação da norma busca dar maior segurança jurídica, estabelecendo quando há ou não um crime, como por exemplo o racismo, de tal modo que isso venha impedir futuras extrapolções desse direito, como casos extremos de violação da vida humana; e, por outro lado, que isso não restrinja o direito à liberdade de o cidadão buscar persuadir quem quer que seja, para aderir a sua crença.

## REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce, (Org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 29 ed. São Paulo: Rideel, 2019.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Controle de constitucionalidade*. 7 ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BBC NEWS BRASIL. *7 coisas que as mulheres sauditas não podem fazer mesmo após alcançarem direito a dirigir*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41431798>>. Acesso em: 17 dez. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 678*, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 17 dez. 2019.



\_\_\_\_\_. *Lei n° 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 17 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 7.716*, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm)>. Acesso em: 18 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RHC n° 134682/BA*. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125>>. Acesso em: 18 de mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RHC n° 146303/RJ*. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>>. Acesso em: 18 de mai. 2020.

HISTÓRIA DO MUNDO. *Holocausto*. Disponível em: <<https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/holocausto.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

JUS NAVIGANDI. *Os diversos tipos de preconceito e os impactos no ordenamento jurídico*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/75478>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

LEX MAGISTER. *Hate Speech: o Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e seus Limites*. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_24273022](http://www.editoramagister.com/doutrina_24273022)>. Acesso em: 18 dez. 2019.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PENSADOR. *José Saramago: Eu acredito no respeito pelas crenças*. Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/MTE2ODM4Mw/>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

PIRES, Thiago Magalhães. *Entre a Cruz e a Espada: liberdade religiosa e laicidade do Estado*. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

THOMPSON, Frank Charles. *Bíblia Thompson: Letra Grande*. São Paulo: Vida, 2014.

V. IBGE. *Censo Demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

## O FENÔMENO DA CHAMADA REAÇÃO LEGISLATIVA: UMA ANÁLISE DO ATIVISMO CONGRESSUAL EM CONTRAPOSIÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL

Priscia Siqueira Soares

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

**Resumo** – o presente artigo busca discutir o chamado Ativismo Congresso, também chamado de reação legislativa, fenômeno em que o Congresso Nacional, por meio de propostas de leis e de emendas constitucionais, modifica o entendimento acerca de algum assunto decidido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade concentrado. Analisar-se-á os modelos de ativismo existentes no Brasil, tanto o judicial quanto o congressual, apresentando a ideia central de cada uma das espécies, além de exemplo de caso em que o legislativo atuou de maneira ativista, as questões debatidas e suas conclusões, levando em consideração o princípio da separação dos poderes e o modo como a sociedade recebe esse embate de posicionamento entre o Poder Judiciário, ora representado pelo Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional; Ativismo Congresso; Reação Legislativa; Ativismo Judicial; Controle de Constitucionalidade; Poder Legislativo; Princípio da Separação dos Poderes.

**Sumário** – Introdução. 1. Formas de Ativismo no Brasil: uma análise acerca dos modelos tradicionais de ativismo judicial e congressual. 2. Eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal – De que maneira as reações legislativas impactam nessa eficácia? 3. Análise acerca do Ativismo Congresso: Estudo de caso ocorrido no Brasil. Teorias e críticas. Como a sociedade assimila esse fenômeno? Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema do ativismo congressual em uma análise que se contrapõe ao ativismo judicial. O tema tem sido bastante observado no Direito Brasileiro, tendo em vista que, da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal passou a atuar de forma mais ativa nas questões políticas do país, o Congresso Nacional também obteve posição de destaque, já que ficou em evidência a elaboração de novos diplomas legais sobre assuntos já julgados pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade. No entanto, imperioso reconhecer que essas formas de ativismo não se assemelham.

Enquanto o ativismo congressual, também chamado de reação legislativa, se perfaz por meio da elaboração de leis e emendas constitucionais por parte do Poder





Legislativo, o ativismo judicial se dá através de uma atuação mais abrangente do Poder Judiciário, que passa a interferir em outras searas, como na efetivação de políticas públicas. Assim, o trabalho analisa como esses tipos de ativismo convivem no ordenamento jurídico brasileiro e como a sociedade assimila esse embate entre os Poderes, uma vez que se tornou notória a criação de leis e emendas constitucionais em sentido oposto ao decidido pela Corte Maior do país. Nesses termos, são observadas as seguintes questões norteadoras: de que maneira as reações legislativas impactam na eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal? Como a sociedade assimila o fenômeno do ativismo congressional?

Para essa abordagem, o presente artigo inicia o primeiro capítulo buscando definir o que é ativismo, conceituando, em um primeiro momento, o ativismo judicial, a forma tradicional de ativismo tratada pelo Direito Brasileiro, e, posteriormente, analisa o objeto do presente estudo: o ativismo congressional. Após essas necessárias definições, o segundo capítulo traz em seu bojo o tema da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal e de que maneira as reações legislativas impactam nessa eficácia.

O terceiro capítulo busca entender se o ativismo congressional viola o princípio da separação dos poderes, além de trazer exemplo de reação legislativa ocorrida no ordenamento jurídico brasileiro, teorias e críticas sobre esse fenômeno. Busca, ainda, valorar essa forma de ativismo, na medida em que pode acirrar ou amenizar a tensão dialética entre Poder Judiciário e Poder Legislativo, respondendo, por fim, como a referida tensão é recebida pelo meio social. O método que se pretende utilizar é o dedutivo, por meio do qual serão abordados os precedentes e debates que trouxeram à tona o ativismo congressional. Finalmente, a pesquisa será realizada por meio de levantamento bibliográfico e pesquisa de compilação doutrinária e jurisprudencial.

## 1. FORMAS DE ATIVISMO NO BRASIL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS MODELOS TRADICIONAIS DE ATIVISMO JUDICIAL E CONGRESSUAL

O ativismo judicial é percebido diante da “criatividade” da função jurisdicional, tal como aponta Mauro Cappelletti<sup>1</sup>. Ou seja, o ativismo evidencia-se quando da produção do direito por obra dos juízes, que, ao julgar, participam *lato sensu* da atividade

---

<sup>1</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 20.



legislativa, “criando o direito”. O juiz passa de mero-intérprete- aplicador da norma à uma postura mais ativa de sua atividade primitiva.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>2</sup>:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo 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.

Entretanto, destaca-se que a ideia de ativismo judicial é mais remota do que a própria criação do termo “ativismo judicial”. Antes do século XX, a ideia era baseada em um modelo de atuação em que as normas seriam criadas a partir da atividade dos magistrados. Mas, essa liberdade no agir judicial nunca foi pacífica no meio acadêmico ou até mesmo na magistratura em si; juízes, como o inglês Blackstone, entendiam a atividade como um dos pilares da *Common Law*, outros como Bentham, também de origem inglesa, a vislumbravam como uma afronta ao sistema de separação dos poderes e uma clara usurpação da atividade legislativa.<sup>3</sup>

Segundo Cappelletti<sup>4</sup>, a expansão do direito legislativo no estado moderno, que atingiu domínios antes ignorados pela lei, acarretou concomitantemente a expansão do direito judiciário, subentendendo-se a negação da existência de uma antítese entre interpretação judiciária e criatividade dos juízes. Assim, parece que na interpretação judiciária do direito legislativo está intrínseco certo grau de criatividade. Isso porque até mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa pode deixar lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz, permitindo ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.

Contudo, o verdadeiro problema está relacionado com o grau de criatividade e com os modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais superiores, fenômeno esse que vem se acentuando no Brasil, tornando-se mais evidente diante dos posicionamentos que a Suprema Corte do país tem adotado.

Nesse ponto, é importante mencionar a questão da discricionariedade, um dos conceitos mais plurissignificativos da Teoria do Direito, pois, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade e até mesmo de criatividade mostra-se

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, p. 3, 2008. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>3</sup> Kmiec, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism, *California Law Review*, Berkeley, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, oct. 2004.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, op. cit., nota 1.



inerente à atividade de interpretação. Kelsen<sup>5</sup> defendia essa liberdade de ação, tanto no Judiciário, quanto no Legislativo, dentro de determinados limites impostos pelo direito. Ademais, reconhece que a diferença nos dois casos é quantitativa – a liberdade de criação conferida ao Judiciário é significativamente menor do que a reservada ao legislativo.

No que toca ao Judiciário, afere-se que discricionariedade não deve ser confundida com arbitrariedade, tendo em vista que o juiz não está livre de vínculos que devem ser respeitados, que seriam os limites apontados no parágrafo anterior. Todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.<sup>6</sup> Pode-se dizer que esses últimos variam de acordo com a época e com a sociedade em questão, mas incluem precedentes judiciais, opiniões de juristas, decisões de assembleias, leis parlamentares, códigos, entre outros.

Para Cappelletti<sup>7</sup>, esses esclarecimentos são necessários, pois para o autor quando se fala dos juizes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, sendo natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária “*law making*”. Nas palavras de Lord Radcliffe<sup>8</sup> “jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?”

Por outro lado, observa-se que o Poder Legislativo goza de atributo capaz de frear a atuação do Judiciário. Dessa forma, ultrapassada essa primeira análise, é preciso compreender o instituto objeto da presente pesquisa, que é ativismo congressional, no qual, agora, é o Poder Legislativo que detém uma postura ativista, elaborando diplomas legais sobre temas já discutidos e julgados do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Isso porque é sabido que as decisões proferidas pela Corte Maior, em sede de controle, possuem efeitos *erga omnes* e, sendo assim, sujeitam o Poder Judiciário e toda a administração pública, sem, entretanto, sujeitar o Poder Legislativo. Esse não se encontra vinculado em sua função de legislar, nada impedindo-o de editar e aprovar nova lei com dispositivos idênticos ou de similar conteúdo em relação aos dispositivos já declarados inconstitucionais. Assim, o Legislativo pode se debruçar sobre matéria já

---

<sup>5</sup> MELO, Daniela Mendonça de. A interpretação jurídica em Kelsen. *Âmbito jurídico*. São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-70/a-interpretacao-juridica-em-kelsen/>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>6</sup> CAPPELLETTI, op. cit., 1993, p. 24.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid., p. 25.

julgada, quando entender que as situações fáticas que motivaram a decisão outrora julgada se modificaram.

Desta feita, perceptível se faz que o Supremo Tribunal Federal possui a missão de dar a última palavra no que toca à interpretação da Constituição. Mas, isso não significa que o legislador não tenha também a capacidade de interpretação do Texto Constitucional. O Poder Legislativo também pode ser considerado um intérprete autêntico da Constituição e justamente por isso ele pode editar uma lei ou emenda constitucional que supere o entendimento anterior ou provoque um novo pronunciamento do Supremo a respeito de determinado tema. É isso que se chama “reação legislativa” ou “superação legislativa”<sup>9</sup>.

Caberia ainda perquirir quais os limites de reações legislativas a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o impacto na esfera de liberdade de conformação do legislador. Nesses termos, o Tribunal deteria a última palavra no que se refere à interpretação da Constituição, imune a qualquer controle democrático.

Mas, não se ignoraria a legitimidade, em algumas hipóteses, do ativismo congressual, ou seja, de reversão legislativa a decisões da Corte, desde que observadas algumas balizas constitucionais. Nesses casos, o Legislativo buscaria reverter situações de autoritarismo judicial ou de comportamento antidialógico, incompatível com a separação de poderes. Ao legislador seria, assim, franqueada a capacidade de interpretação da Constituição, a despeito de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF<sup>10</sup>.

O ativismo congressual, portanto, é uma forma de reação legislativa que objetiva que o Congresso Nacional reverta situações que conduzam à qualquer comportamento antidialógico por parte do Judiciário, estando, assim, amparado no próprio princípio da separação de poderes, o que representa uma participação mais efetiva e intensa do Legislativo nos assuntos constitucionais.

---

<sup>9</sup> DIZER O DIREITO. *Superação legislativa da jurisprudência e ativismo congressual*. Entenda. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/10/superacao-legislativa-da-jurisprudencia.html>>. Acesso em: 01 out. 2019.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5105*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_Relator\\_ADI\\_5105.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_Relator_ADI_5105.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2019.



## 2. EFICÁCIA DAS DECISÕES DO STF: DE QUE MANEIRA A REAÇÃO LEGISLATIVA IMPACTA NELA?

Inicialmente, convém aqui lembrar que a Constituição é um documento que rege o ordenamento jurídico de um país e, por isso, não pode ser considerada uma simples lei. Ela representa o coração de todo e qualquer ordenamento, considerando que as suas bases jurídicas conferem fundamento e validade à todas as demais normas existentes no país.

Assim, todos os atos estatais que contrariem direta ou indiretamente as normas constitucionais devem ser objetos de fiscalização, ou seja, devem estes ser retirados do ordenamento jurídico com a sua declaração de invalidade.

O órgão responsável por defender a Constituição da República Federativa do Brasil é o Supremo Tribunal Federal, atribuição essa conferida pela própria Carta Magna<sup>11</sup>. Nesse sentido, pode-se dizer que, nesse processo de defesa das normas constitucionais, protege-se o próprio Estado de Direito, a unidade do ordenamento jurídico e os direitos fundamentais do povo.

Por isso, o controle de constitucionalidade das leis baseia-se em princípios que são fundamentais para se compreender a complexidade das decisões tomadas pelo STF, já que, ao retirar a validade de determinada norma, pode-se comprometer uma série de relações jurídicas e a eficácia de outras normas dela dependentes.

O primeiro princípio a ser considerado é o princípio da rigidez constitucional, segundo o qual uma Constituição rígida é aquela que só pode ser alterada por meio de procedimento solene, respeitando sempre o art. 60, da CRFB<sup>12</sup>, que traz um núcleo intransponível. Pode-se dizer ainda que a rigidez da Constituição traz como consequência imediata a supremacia formal da Carta, que será esclarecida a seguir.

O segundo é o princípio da supremacia formal da Constituição, princípio esse que justifica o fato de a Constituição se encontrar no ápice do ordenamento jurídico e conferir validade à todo o sistema jurídico. Esse princípio exige que todas as demais normas do ordenamento jurídico estejam de acordo com o texto constitucional<sup>13</sup>.

Por fim, fala-se no princípio da presunção de constitucionalidade das leis, segundo o qual, a lei e os atos normativos estatais, produtos do poder político, gozam de presunção

<sup>11</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 729.

<sup>12</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>13</sup> ALEXANDRINO; PAULO, op. cit., p. 707.

relativa de constitucionalidade, pois, se ela respeitou completamente a CRFB nos seus aspectos formais e materiais, é considerada constitucional até que surja declaração em sentido contrário. Isso é, deverão ser considerados constitucionais, válidos, legítimos, até que venham a ser formalmente declarados inconstitucionais por um órgão competente para desempenhar esse mister.<sup>14</sup> Não obstante, as únicas normas que gozam de presunção absoluta de constitucionalidade são as originárias, aquelas que nasceram com o Poder Constituinte Originário.

Por todo o exposto, fica perceptível que o sistema de controle de constitucionalidade existente no Brasil é um dos mais complexos e abrangentes do mundo e através dele questões de inconstitucionalidade podem ser levadas e tratadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal. Tal fato abre margem para sua maior ingerência na esfera de outros poderes, considerando ainda que há uma grande quantidade de sujeitos capazes de propor a ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade, como o Conselho da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional e Confederação Sindical, como indica o artigo 103 da Constituição da República<sup>15</sup>.

Esse contexto demonstra que há certa facilidade em se levar ao Supremo questões das mais variadas, bem como deixa evidente o impacto que as decisões do STF causam no sistema jurídico.

No que se refere aos efeitos das decisões proferidas pelo STF, pode-se dizer que, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, de modo geral, seu efeito é *erga omnes, ex tunc* e vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual, municipal e distrital<sup>16</sup>, mas, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/99<sup>17</sup>, poderá o STF conferir efeito *ex nunc* às suas decisões, o que é chamado de “modulação de efeitos”.

Isso quer dizer que, no aspecto temporal, a regra é que a decisão produza efeitos retroativos – *ex tunc*; enquanto que, no aspecto subjetivo, em virtude da própria natureza do controle abstrato, que é um processo constitucional objetivo sem partes formais, os efeitos da decisão serão *erga omnes*.

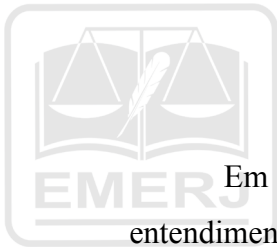
---

<sup>14</sup> Ibid., p. 708-709.

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>16</sup> MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 238-239.

<sup>17</sup> BRASIL. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2020.



Em sede de controle difuso, recentemente houve uma significativa mudança de entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal. Esse controle é realizado por qualquer juiz ou Tribunal (inclusive o STF), em um caso concreto e, como regra, produz efeitos *ex tunc*, *inter partes* e não vinculante, o que conferiria menor impacto no ordenamento jurídico, já que a decisão ficaria limitada às partes da relação jurídica discutida em juízo<sup>18</sup>.

Após declarar a inconstitucionalidade de uma lei em controle difuso, o STF deverá comunicar essa decisão ao Senado e este poderá suspender a execução, no todo ou em parte, da lei viciada. Contudo, essa decisão do Senado de suspender a execução da lei seria discricionária. Caso ele resolva fazer isso, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF, que eram *inter partes*, passam a ser *erga omnes*. Assim, pela teoria tradicional, a resolução do Senado ampliaria a eficácia do controle difuso realizado pelo Supremo.

Entretanto, o STF decidiu abandonar a concepção tradicional e fez uma nova interpretação do art. 52, X, da CF/88<sup>19</sup>. Nesses termos, o STF decidiu que, mesmo se ele declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei, essa decisão também terá efeito vinculante e *erga omnes*. Isso objetiva evitar anomias e fragmentação da unidade, já que, agora, deve-se atribuir à decisão proferida em sede de controle incidental (difuso) a mesma eficácia da decisão tomada em sede de controle abstrato<sup>20</sup>.

Assim, o que fica nítido é que os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo, tanto em controle abstrato, quanto em controle difuso, visam assegurar sua maior eficácia, que seria a segurança de um bom resultado.

Contudo, é sabido que o Poder Legislativo não está sujeito aos efeitos das decisões do STF e, com isso, pode legislar em sentido oposto ao que fora decidido. Isto é, especialmente quanto ao efeito vinculante, sabe-se que tais decisões proferidas pela Corte Constitucional atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública

---

<sup>18</sup> JUSBRASIL. *STF passa a acolher a teoria da abstrativização do controle difuso*. Efeito vinculante da declaração incidental de inconstitucionalidade. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/533957115/stf-passa-a-acolher-a-teoria-da-abstrativizacao-do-controle-difuso>>. Acesso em: 30 mai.2020.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>20</sup> NÓBREGA, Guilherme Poupe da; NUNES, Jorge Amaury Maia. Eficácia “*erga omnes*” das decisões do STF em controle difuso: um novo (e importante) capítulo a respeito do artigo 52, X. *Migalhas*, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI272900,91041-Eficacia+erga+omnes+das+decisoes+do+STF+em+controle+difuso+um+novo+e>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

direta e indireta, em todas as esferas, não estando aqui englobado a esfera legislativa.

Nesse sentido é a lição de Nathália Masson<sup>21</sup>:

Quanto aos Poderes Executivo e Legislativo, estes também ficam vinculados, exceto quanto estão no exercício de atribuições de natureza legislativa, isto é, de produção normativa. Destarte, pode o Legislativo editar uma lei de conteúdo idêntico a outra que o STF tenha declarado inconstitucional, do mesmo modo que o Presidente da República pode editar uma medida provisória sobre o tema.

Conforme já mencionado, esse fenômeno que possibilita ao Legislativo editar um ato normativo de conteúdo idêntico a um outro declarado inconstitucional pelo STF é chamado de “reação legislativa” ou ativismo congressional, que fora declarada legítima pela própria Corte Constitucional, o que objetiva evitar a “fossilização da Constituição”, termo cunhado pelo Ministro Cezar Peluzo<sup>22</sup>.

Nesse ponto, o ativismo congressional é uma participação mais ativa do Congresso Nacional, refutando alguns posicionamentos do Supremo, a fim de provocar novos debates sobre o tema. Isso porque a nova lei editada pelo Congresso, com conteúdo idêntico ao de um ato normativo declarado inconstitucional, já “nasce” com presunção de inconstitucionalidade, que faz com o Legislativo tenha a necessidade de convencer o STF das razões que entende presentes para que haja uma virada jurisprudencial. Neste ponto, importante trazer à baila as lições de Márcio André Lopes Cavalcante<sup>23</sup>:

No caso de reversão jurisprudencial proposta por lei ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência do STF nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima.

A novel legislação que frontalmente colida com a jurisprudência (leis *in your face*) se submete a um controle de constitucionalidade mais rigoroso.

Para ser considerada válida, o Congresso Nacional deverá comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou a decisão do STF no passado não mais subsistem. O Poder Legislativo promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa.<sup>24</sup>

Assim, ao questionar determinada decisão do STF, o Poder Legislativo acaba por mitigar o poder do Supremo de dar a palavra final ou até mesmo de pôr fim às controvérsias, já que a lei criada em sentido contrário “nasce” com presunção de

<sup>21</sup> MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. Bahia: Jus Podivm, 2016, p. 1190.

<sup>22</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 374.

<sup>23</sup> MELO, Maria Eduarda Santos Pessoa de. Efeitos das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal em ADI quanto aos três Poderes: uma abordagem da Reação Legislativa e do Ativismo Congressional. *Conteúdo jurídico*, Brasília-DF, 2017. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49055/efeitos-das-decisoes-de-merito-do-supremo-tribunal-federal-em-adi-quanto-aos-tres-poderes-uma-abordagem-da-reacao-legislativa-e-do-ativismo-congressual>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

<sup>24</sup> DIZER O DIREITO, op. cit., nota 9.





inconstitucionalidade. Passa-se a falar em “última palavra provisória” (expressão utilizada pelo Min. Luiz Fux<sup>25</sup>), exatamente por se considerar a possibilidade de uma reação legislativa.

Sendo assim, é importante que se tenha em mente que as decisões da Corte Constitucional precisam ser observadas, mas é preciso que não se perca de vista a tendência de se admitir a abertura do diálogo, estimulando-se o ativismo congressional, sobretudo em situações de aparente autoritarismo judicial<sup>26</sup>.

### 3. ATIVISMO CONGRESSUAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O ativismo congressional, para muitos, pode ser visto como uma ameaça ao princípio da separação dos poderes, já que, nitidamente, o Poder Legislativo interfere em uma decisão da Corte Suprema do país. Mais do que isso, o Poder legislativo não se vincula à decisão tomada pelo Judiciário e legisla em sentido diverso.

Nesse sentido, fica o questionamento se o fato do Legislativo não se vincular às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado assegura a manutenção do referido princípio ou, ao contrário, viola o exercício da atividade plena de outro poder.

Desde logo já se pode afirmar que prevalece que o ativismo congressional assegura a manutenção do princípio da separação dos poderes, pois, mesmo que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro se caracterize como um modelo forte, a última palavra do STF não encerra por completo a discussão constitucional, uma vez que tal decisão pode não vincular uma futura atividade legiferante, a qual pode, nos limites da Constituição, inverter a posição originária adotada pelo tribunal, o que preserva a separação dos poderes e incentiva os diálogos institucionais<sup>27</sup>.

Ou seja, entende-se que o Legislativo é capaz de frear o ativismo judicial quando sua prática se dá fora dos parâmetros ditados pelo texto constitucional. Quando o Judiciário ultrapassa os limites da discricionariedade de que o magistrado pode fazer uso,

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>26</sup> MELO, op. cit., nota 23.

<sup>27</sup> ARABI, Abhner Youssif Mota. O caso da vaquejada e a última palavra sobre a Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-06/abhner-arabi-vaquejada-ultima-palavra-constituicao>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

parece que o seu movimento é inadequado, e é nessa situação que o Legislativo deve fazer uso de sua função típica para que o sistema se mantenha harmônico<sup>28</sup>.

Da mesma forma, a postura mais ativista do Judiciário só parece benéfica se utilizada para cumprir direitos fundamentais que, pela omissão do Congresso ou negligência das administrações, esteja sendo solenemente ignorados pela ausência de adequação legal aos princípios da Constituição ou pela falta de políticas públicas que viabilizem o exercício destes direitos. A questão se torna mais complexa, portanto, quando o Judiciário atua em disputas que envolvem a validade de atos estatais, ou nas quais o Estado - isto é, outros órgãos de Poder - seja parte<sup>29</sup>.

Assim, percebe-se que o ativismo congressional convive com o ativismo judicial e são práticas que favorecem o equilíbrio institucional tanto do Poder Legislativo, quanto do Poder Judiciário. Enquanto a “reação legislativa” evita o sufocamento do Legislativo pela atuação do Judiciário, característica marcante do ativismo judicial, por outro lado, o próprio ativismo judicial é benéfico quando aplicado em situações nas quais direitos fundamentais estão sendo deixados à margem pelo Legislador.

Exemplo do contexto aqui apresentado foi a recente reação legislativa ocorrida no famoso caso da “vaquejada”. A “vaquejada” é uma tradição cultural nordestina, considerada um esporte popular que objetiva encurrular o boi com os cavalos e derrubá-lo puxando seu rabo<sup>30</sup>. É praticada sempre por duplas de vaqueiros, os quais buscam deixar o boi com as quatro patas para cima para marcar pontos, bem como descrito no artigo 2º, da Lei nº 15.299/2013<sup>31</sup>: “para efeitos dessa lei, considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiros a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo”. Deste modo, verifica-se que o objetivo da prática, por si só, gera questionamentos acerca de sua legalidade, tendo em vista que o animal acaba sendo submetido à ferimentos graves.

Não obstante, destaca-se que, no Ceará, a Lei nº 15.299/2013 acima mencionada, de autoria do deputado Wellington Landim (PSB), criou regulamentações para a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado. Contudo, tal lei deu origem à

---

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 421.

<sup>30</sup> FREITAS, Ana. O que é a vaquejada. E porque ela foi proibida pelo Supremo. *Nexo Jornal*, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/10/16/O-que-%C3%A9-a-vaquejada.-E-por-que-ela-foi-proibida-pelo-Supremo>> Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>31</sup> BRASIL. *Lei nº 15.299*, de 08 de janeiro de 2013. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250070>>. Acesso em: 30 mai. 2020.



Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4983<sup>32</sup>, ajuizada por Rodrigo Janot, procurador-geral da República, sob o argumento de que a norma viola o artigo 225, parágrafo 1º, VII, da Constituição da República<sup>33</sup>, o qual dispõe que para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público “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”, com destaque para a parte final do dispositivo, já que a vaquejada aparentemente submete os animais à maus tratos e danos à saúde. Desta feita, estariam em conflito a preservação do meio-ambiente e a proteção conferida às manifestações culturais, tendo a vaquejada como expressão de uma cultura regional<sup>34</sup>.

A ADI fora julgada procedente pelo STF no dia 6 de outubro de 2016, gerando repercussões em todo país. Inclusive, após esse fato, foi sancionada pela Presidência da República a Lei nº 13.364/16<sup>35</sup>, segundo a qual o rodeio e expressões artístico-culturais similares ganharão o status de manifestações da cultura nacional e serão elevadas à condição de patrimônio cultural imaterial do Brasil. Trata-se de uma reação legislativa ao que já foi estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, uma reação de setores ligados à bancada ruralista que deflagraram o projeto de lei.

Pela leitura do artigo 225, parágrafo 1º, VII, da Magna Carta<sup>36</sup>, não resta dúvidas de que tais práticas seriam inconstitucionais. Contudo, há outro elemento fundamental a ser considerado, que é o direito estampado no art. 215 da Constituição<sup>37</sup>, o qual dispõe que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais, devendo, inclusive, apoiar e incentivar a difusão das manifestações culturais. Como a vaquejada é considerada uma prática cultural, as normas entram em conflito. Então, de um lado, a vaquejada é vista como patrimônio cultural e de outro, entidades de defesa dos animais afirmam que ela configura uma prática de maus-tratos aos animais.

Como reação à propositura ação direta, foi oferecida proposta de Emenda à Constituição visando o acréscimo do parágrafo 7º ao artigo 225 da Constituição<sup>38</sup> para

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4983*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf>>. Acesso em: 30 mai.2020.

<sup>33</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>34</sup> BRASIL, op. cit., nota 32.

<sup>35</sup> BRASIL. *Lei nº 13.364*, de 29 de novembro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>36</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid.



determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, desde que sejam registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro. Aprovada, a Emenda Constitucional 96/2017 alterou a Constituição, nela inserindo a previsão expressa de que são permitidas práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais<sup>39</sup>.

Tal emenda representa uma tentativa de superação legislativa da jurisprudência (reversão jurisprudencial), uma manifestação de ativismo congressional. Exemplo do que a doutrina chama de “efeito *backlash*”, que seria uma reação conservadora de parcela da sociedade ou das forças políticas diante de uma decisão liberal do Poder Judiciário em um tema polêmico<sup>40</sup>.

Então, diante do exposto, percebe-se que no caso da vaquejada, o Supremo Tribunal Federal assentou a inconstitucionalidade da lei cearense que regulamentava a prática. Ficou consignado que o direito ao exercício de práticas culturais não pode se dar sem a devida proteção à fauna, pois decorre explicitamente do texto constitucional a vedação de “práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam animais a crueldade” (artigo 225, VII, CRFB/88). Contudo, tão logo decidido o caso, intensificaram-se no Congresso Nacional iniciativas legislativas para autorizar e regulamentar o exercício da vaquejada em todo país, o que caracteriza uma reação legislativa.<sup>41</sup>

Isso evidencia que a postura ativista do STF, como regulamentador de condutas, foi coibida por essas reações, evidenciando que, por mais que seja o guardião da Constituição, suas decisões podem ainda ser alvo de argumentações e postura ativa por parte do Legislativo, poder responsável por regulamentar condutas.

Logo, o ativismo congressional não viola o princípio da separação dos poderes, mas sim assegura um efetivo diálogo institucional, ocasião em que ocorre uma ponderação em determinado caso concreto para se chegar a uma conclusão que é, por fim, positivada no ordenamento jurídico.

Por fim, diante de todo o contexto apresentado, caberia ainda questionar como os ativismos, congressional e judicial, repercutem no meio social, pois, esse aparente “embate”

---

<sup>39</sup> CONJUR. *PEC que permite vaquejada e rodeio é aprovada e segue para promulgação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-01/pec-permite-vaquejada-rodeio-aprovada-promulgacao>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>40</sup> DIZER O DIREITO. *Breves comentários à EC 96/2017 (Ementa da Vaquejada)*. Disponível em: <[http://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da\\_7.html](http://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da_7.html)>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>41</sup> ARABI, op. cit., nota 27.



entre os Poderes da República podem gerar certa confusão àqueles que não estudam com afinco a ciência jurídica.

Entretanto, parece que o que prevalece para a sociedade é o que restou incluído ou modificado na Constituição, ou, quando a inclusão não é viável, prevalece a “última palavra” do Supremo. Ou seja, embora não fique claro todo diálogo ocorrido entre os poderes, fica perceptível que houve comunicação entre eles e que prevalece o que mais se ajusta ou menos contraria o texto constitucional.

Portanto, no constitucionalismo democrático fica evidente que o exercício do poder engloba a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instâncias representativas<sup>42</sup>. Nesse ambiente, percebe-se que a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada a sua capacidade de corresponder ao sentimento social<sup>43</sup>, que, por mais complexo se pareça, também se manifesta por intermédio do Legislativo, Poder da República na qual seus membros são eleitos diretamente pelo povo.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de uma contraposição entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, tendo em vista que ambos podem se manifestar de forma ativista no ordenamento jurídico brasileiro, o que ocasiona a interferência de um poder na esfera de atuação do outro.

Entretanto, por todo o exposto, nota-se que, embora o modelo brasileiro tenha atribuído ao STF o papel da guarda e defesa da Constituição Federal, não soa estranha a afirmação de que pode não caber a ele proferir a última palavra sobre a interpretação da Carta Magna do país. Isso porque, no sistema de controle de constitucionalidade que aqui vigora, mesmo depois de proferida uma decisão pela Corte Suprema, ainda resta espaço para reações do Poder Legislativo nos casos em que for de seu interesse manifestar-se nesse sentido, o que permite um diálogo entre esse Poder da República e o Judiciário.

Nota-se que o objeto dessa pesquisa, em que pese, em um primeiro momento, assemelhar-se com a quebra do pacto federativo e consequente violação do Princípio da Separação dos Poderes, é, em verdade, instrumento hábil ao seu fortalecimento, já que promove um verdadeiro diálogo institucional entre o Judiciário e o Legislativo.

<sup>42</sup> BARROSO, op. cit., nota 29, 2013, p. 444.

<sup>43</sup> Ibid., p. 442-443.



Por isso, buscou-se não só abordar o ativismo congressional e o ativismo judicial, mas compreender que ambos somente serão benéficos se utilizados com papel fortalecedor da democracia. Qualquer tipo de ativismo, portanto, deve ser utilizado de modo correto, representando não só a realidade social vigente, mas interagindo de modo saudável com os demais poderes presentes no ordenamento. Além disso, percebe-se que a postura ativista por parte do Congresso serve de verdadeiro termômetro ao ativismo judicial, que, ao extrapolar seu âmbito de atuação e possibilidades, deve ser contido por outro Poder da República.

Sendo assim, evidencia-se que a chave para a coabitação saudável entre as esferas de poder no ordenamento jurídico é o Diálogo Institucional, forma prática de estabelecer uma interação equilibrada. Isso, naturalmente, não significa que os Poderes precisam se anular para que o outro prevaleça, como se houvesse um duelo de forças. Não é isso que o presente trabalho pretende defender, mas sim o diálogo sadio, o diálogo que esteja cada vez mais próximo à justiça e à realidade das pessoas – o povo – do Poder Constituinte Originário, cuja satisfação deve ser o escopo de todos os poderes da República e de suas instituições.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ARABI, Abhner Youssif Mota. O caso da vaquejada e a última palavra sobre a Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-06/abhner-arabi-vaquejada-ultima-palavra-constituicao>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, p. 1-18, 2008. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 30 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.364*, de 29 de novembro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2020.



\_\_\_\_\_. *Lei nº 15.299*, de 08 de janeiro de 2013. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250070>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5105*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_Relator\\_ADI\\_5105.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_Relator_ADI_5105.pdf)>. Acesso em: 01 out.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4983*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf>>. Acesso em: 30 mai.2020.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CONJUR. *PEC que permite vaquejada e rodeio é aprovada e segue para promulgação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-01/pec-permite-vaquejada-rodeio-aprovada-promulgacao>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

DIZER O DIREITO. *Breves comentários à EC 96/2017 (Ementa da Vaquejada)*. Disponível em: <[http://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da\\_7.html](http://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da_7.html)>. Acesso em: 30 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Superação legislativa da jurisprudência e ativismo congressional*. Entenda. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/10/superacao-legislativa-da-jurisprudencia.html>>. Acesso em: 01 out. 2019.

FREITAS, Ana. O que é a vaquejada. E porque ela foi proibida pelo Supremo. *Nexo Jornal*, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/10/16/O-que-%C3%A9-a-vaquejada.-E-por-que-ela-foi-proibida-pelo-Supremo>> Acesso em: 30 mai. 2020.

JUSBRASIL. *STF passa a acolher a teoria da abstrativização do controle difuso*. Efeito vinculante da declaração incidental de inconstitucionalidade. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/533957115/stf-passa-a-acolher-a-teoria-da-abstrativizacao-do-controle-difuso>>. Acesso em: 30 mai.2020.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism, *California Law Review*, Berkeley, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, oct. 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. Bahia: Jus Podivm, 2016.

MELO, Daniela Mendonça de. A interpretação jurídica em Kelsen. *Âmbito jurídico*. São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-70/a-interpretacao-juridica-em-kelsen/>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

MELO, Maria Eduarda Santos Pessoa de. Efeitos das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal em ADI quanto aos três Poderes: uma abordagem da Reação Legislativa e do Ativismo Congressual. *Conteúdo jurídico*, Brasília-DF, 2017. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49055/efeitos-das-decisoes-de-merito-do-supremo-tribunal-federal-em-adi-quanto-aos-tres-poderes-uma-abordagem-da-reacao-legislativa-e-do-ativismo-congressual>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.

NÓBREGA, Guilherme Poupe da; NUNES, Jorge Amaury Maia. Eficácia “erga omnes” das decisões do STF em controle difuso: um novo (e importante) capítulo a respeito do artigo 52, X. *Migalhas*, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI272900,91041-Eficacia+erga+omnes+das+decisoese+do+STF+em+controle+difuso+um+novo+e>>. Acesso em: 09 jan.2020.





## A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA ABORDAGEM SOBRE A APLICAÇÃO DO INSTITUTO COMO INSTRUMENTO DE FACILITAÇÃO DA DEFESA EM JUÍZO DO CONSUMIDOR – EMPRESÁRIO

Rafael Rodrigues da Silva

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

**Resumo** – o Código de Defesa e Proteção ao Consumidor é norma jurídica de caráter cogente, voltada à proteção dos consumidores, assim entendidos os sujeitos que adquirem no mercado produtos e serviços como destinatários finais. A Lei nº 8078/90 elenca os direitos básicos do consumidor entre os quais está a inversão do ônus da prova como instrumento de facilitação da defesa do consumidor em juízo. Discute-se a possibilidade de aplicação do instituto jurídico da inversão do ônus da prova às relações travadas entre pessoas jurídicas ainda que ausente o elemento teleológico da relação jurídica de consumo que é a destinação fático-econômica do produto ou serviço.

**Palavra – Chave** – Direito do Consumidor. Inversão do ônus da prova. Empresário – Consumidor.

**Sumário** – Introdução. 1. Controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais a respeito dos sujeitos das relações jurídicas de consumo. 2. Da aplicação do instituto jurídico da inversão do ônus da prova levando em consideração as diferentes modalidades do instituto. 3. Da aplicação do instituto da inversão do ônus da prova na relação de consumo envolvendo empresários. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da inversão do ônus da prova nas reações de consumo e pretende fazer uma abordagem sobre a aplicação do instituto como instrumento de facilitação da defesa em juízo do empresário.

O Código de Defesa do Consumidor, para além de estabelecer principiologia voltada à proteção do consumidor, artigos 4º e 5º da Lei nº 8078/90, elenca em seus dispositivos direitos atribuídos ao sujeito vulnerável da relação jurídica de consumo, o consumidor, ao que corresponde deveres diversos atribuídos àqueles que se dispõe a fornecer produtos e serviços no mercado de consumo, vale dizer, fornecedores de produtos e serviços.

Não obstante, a principiologia adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, voltada, como dito, para a proteção da parte vulnerável da relação jurídica de consumo, preenchidos alguns requisitos, pode também ser aplicada na relação jurídica entabulada apenas entre empresários.

E o instituto da inversão do ônus da prova constitui um dos mais significativos instrumentos de defesa em juízo das pretensões do contratante vulnerável contra eventuais



excessos cometidos pela contraparte que se apresenta em condições de ascendência no aspecto técnico, jurídico e econômico.

Existem questões jurídicas controvertidas quanto à aplicação do instituto da inversão do ônus da prova, importante instrumento de facilitação da defesa do consumidor em juízo, mormente no que diz respeito à possível aplicação do Código de Defesa do Consumidor e especialmente do instituto da inversão do ônus da prova nas relações jurídicas travadas entre empresários.

O objetivo do trabalho é expor os requisitos para aplicação do instituto da inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor, originariamente concebido para tutela do consumidor, às relações jurídicas entre empresários.

Para melhor compreensão do tema, serão expostos os requisitos para aplicação do instituto da inversão do ônus da prova na modalidade *ope legis* e ainda os requisitos para aplicação do instituto da inversão do ônus da prova na modalidade *ope judicis*.

Aborda-se, também, no presente trabalho, qual o momento em que o juiz deve decretar a inversão do ônus da prova nas modalidades *ope legis e ope judis*. E como questão principal, discute-se se há possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mormente do instituto jurídico da inversão do ônus da prova, às relações entre empresários.

No primeiro capítulo, apresenta-se em breves linhas os direitos básicos do consumidor, bem como faz-se breves comentários a respeito da natureza jurídica do instituto da inversão do ônus da prova.

No capítulo segundo, para maior compreensão da matéria, apresenta-se o instituto da inversão do ônus da prova como instrumento de facilitação da defesa do consumidor em juízo, com abordagem especial para as espécies de inversão do ônus da prova previstas no Código de Defesa do Consumidor.

No terceiro capítulo são expostas as questões inerentes à aplicação do instituto da inversão do ônus da prova nas relações jurídicas envolvendo empresários.

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 que será constituída da legislação, doutrina e jurisprudência.



## 1. CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS A RESPEITO DOS SUJEITOS DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE CONSUMO

A Constituição Federal de 1988 erigiu a proteção e defesa do consumidor ao status de direito fundamental<sup>1</sup>. O Artigo 5º, XXXI da CRFB/88<sup>2</sup> determinou ao Estado brasileiro promover, na forma da lei, a proteção e defesa do consumidor.

O texto constitucional, não apenas erigiu a proteção ao consumidor como direito fundamental, mais também alçou a proteção dos economicamente vulneráveis, ao status de um dos fundamentos da ordem econômica, na forma do que foi preceituado no artigo 170, V<sup>3</sup> do texto constitucional.

Antônio Heman V. Benjamim<sup>4</sup> assinala a importância da constituição brasileira de 1988 ter reconhecido este novo sujeito de direitos, o consumidor, individual e coletivo assegurando sua proteção constitucionalmente, tanto com direito fundamental no artigo 5º, XXXII<sup>5</sup>, como princípio da ordem econômica nacional no artigo 170 V da CF/1988<sup>6</sup>.

A Lei nº 8078/90<sup>7</sup> visa, então, dar concretude às normas constitucionais antes citadas, estabelecendo, portanto, normas de ordem pública e interesse social, destinadas à proteção e defesa do consumidor.

Luiz Arnaldo Rizzato Nunes<sup>8</sup>, levando em consideração o assento constitucional da proteção e defesa do consumidor, afirma que o Código de Defesa e Proteção do Consumidor é norma principiológica, prevalente, portanto, sobre as demais disposições legislativas, gerais e especiais, que com ele conflitam quando presente relação jurídica de consumo.

De fundamental importância, é delimitar o campo de incidência do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. De início, pode-se já afirmar que o Código de Defesa e Proteção ao Consumidor é aplicável às relações jurídicas de Consumo.

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 out. 2019.

<sup>2</sup>Ibidem.

<sup>3</sup>Ibidem.

<sup>4</sup>BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 107.

<sup>5</sup>BRASIL, op cit., nota 01.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup>BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/l8078.htm>> .Acesso em :19 abr. 2020.

<sup>8</sup>NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: Saraiva , 2007, p. 91.



Levando-se em consideração o caráter principiológico da Lei nº 8078/90<sup>9</sup>, tem-se que presente uma relação jurídica de consumo, aplicam-se as normas previstas na Lei nº 8078/90<sup>10</sup>, afastando-se, portanto, a incidência de outras normas gerais e especiais que sejam conflitantes com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, define com precisão os elementos subjetivos da relação jurídica de consumo. O Artigo 3º do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor<sup>11</sup> afirma que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública, ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O dispositivo legal citado é aberto, de modo que muitas pessoas podem ser enquadradas como fornecedor de produtos e serviços. Para aplicação do Código de Defesa do Consumidor deve-se, porém, levar em consideração, o exercício das atividades elencadas no artigo 3º da Lei nº 8078/90<sup>12</sup>, com profissionalidade.

Nesse sentido, a doutrina de Claudia Lima Marques<sup>13</sup> esclarece que o critério caracterizador do fornecedor para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor é o desenvolvimento de atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Essas características vão excluir da aplicação das normas do CDC (Código de Defesa do Consumidor) todos os contratos que são puramente cíveis aos quais se aplica o Código Civil.

Desse modo, a venda esporádica de um carro ou de uma casa por um não profissional, não o torna fornecedor de produtos e serviços para fins de incidência das normas de proteção, devendo a disciplina jurídica obedecer aos ditames da legislação civil ordinária.

No outro polo da relação jurídica de consumo, está o consumidor, conceituado no artigo 2º da Lei nº 8078/90<sup>14</sup> como toda pessoa física e jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. A interpretação do conceito legal de consumidor é disputada por duas grandes teorias. A teoria finalista e a maximalista. Em linhas gerais, a teoria finalista qualifica o consumidor a partir do elemento teleológico definido no próprio texto do

---

<sup>9</sup> BRASIL, op cit., nota 07.

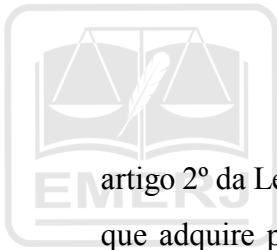
<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> MARQUES, op.cit.,p.107.

<sup>14</sup> BRASIL, op cit., nota 07.



artigo 2º da Lei nº 8078/90<sup>15</sup> que define consumidor como sendo toda pessoa, física ou jurídica, que adquire produtos e serviços como destinatário final. A teoria maximalista, por sua vez, amplia o espectro de incidência da legislação protetiva e entende consumidor apenas o destinatário fático do produto, não importando sua destinação final.

No Brasil, prevaleceu a concepção finalista, que como visto, interpreta de modo restritivo o conceito de consumidor, exigindo o elemento teleológico, consistente na aquisição do produto ou serviço como destinatário final. Nesse sentido, Flavio Tartuce<sup>16</sup>, prestando adesão à corrente finalista, afirma que tem prevalecido no Brasil a ideia de que o consumidor deve ser o destinatário fático e econômico dos produtos e serviços adquiridos junto ao mercado. No STJ<sup>17</sup>, prevaleceu, como regra geral, a concepção finalista de consumidor.

Instituído como instrumento de proteção à parte vulnerável da relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, traz em seu bojo, vasto elenco de direitos atribuídos aos consumidores, ao que corresponde obrigações atribuídas àqueles que se dispuserem a fornecer produtos e serviços no mercado de consumo.

Para além de estabelecer extenso rol de direitos a exemplo do que previsto no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor<sup>18</sup> e ainda prever mecanismos de proteção contratual contra práticas consideradas abusivas, conforme por exemplo enumerado no artigo 51 o Código de Defesa do Consumidor<sup>19</sup> estabelece, também, mecanismos processuais que visam à facilitação da defesa do consumidor em juízo.

O Código de Defesa do Consumidor, como forma de melhor tutelar os direitos dos consumidores em juízo, estabeleceu a inversão do ônus da prova como direito básico dos consumidores. Diz o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor<sup>20</sup>, constituir - direito básico do consumidor, a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

A previsão constante do artigo 6º, VIII do Código de Defesa Do Consumidor<sup>21</sup>, estabelece a chamada inversão do ônus da prova *ope judis*, condicionada ao preenchimento dos

---

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 97.

<sup>17</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 541.867*. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 21 out. 2019.

<sup>18</sup> BRASIL, op cit., nota 07.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> Ibidem.



requisitos mencionados no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor<sup>22</sup>, vale dizer, quando a alegação do consumidor for verossímil ou quando for o consumidor hipossuficiente.

Não obstante a previsão do artigo 6º, VIII do Código de Defesa Do Consumidor<sup>23</sup>, o Código de Defesa do Consumidor, prevê ainda a chamada inversão do ônus da prova *ope legis* a ser aplicada quando a demanda versar sobre fato do produto, artigo 12 do Código<sup>24</sup>, e fato do serviço, artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor<sup>25</sup>.

Os requisitos para aplicação dos institutos, suas diferenciações, bem como o momento processual adequado para o pronunciamento judicial a respeito da inversão do ônus probatório, muitas vezes, não vem sendo muito bem compreendidos pela doutrina e a jurisprudência, cabendo maior reflexão sobre o tema.

## 2. DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO AS DIFERENTES MODALIDADES DO INSTITUTO

Para dar concretude à efetivação dos direitos do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor, prevê uma série de instrumentos voltados a reequilibrar as relações jurídicas de consumo. No âmbito da tutela judicial do consumidor, a inversão do ônus da prova constitui importante instrumento para facilitação da defesa do consumidor em juízo.

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu duas modalidades distintas de inversão do ônus da prova, a primeira, a inversão do ônus da prova na modalidade *ope judicis* vem regulada no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor<sup>26</sup> e a segunda, a inversão do ônus da prova *ope legis* com regulamentação nos artigos 12, §3º e artigo 14, 3º do Código de Defesa do Consumidor<sup>27</sup>.

Ao tratar da inversão do ônus da prova na modalidade *ope judicis*, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, VIII<sup>28</sup> afirma que são direitos básicos do consumidor a facilitação de seus direitos em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo

---

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Ibidem.

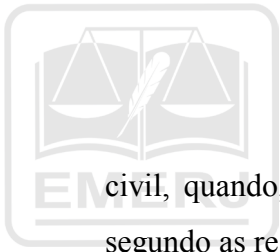
<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Ibidem.



civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele insuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Da leitura do dispositivo citado, infere-se que a inversão do ônus da prova na modalidade *ope judicis* não é automática, vale dizer, não basta haver uma relação jurídica de consumo para se afirmar a existência do direito do consumidor à inversão do ônus da prova

Isso porque, o artigo 6º, Inciso VIII do CDC<sup>29</sup> é enfático em afirmar que a inversão do ônus da prova na modalidade *ope judicis* será deferida em favor do consumidor se as alegações do consumidor forem verossímeis ou quando for ele, o consumidor, hipossuficiente.

É, portanto, evidente que a inversão do ônus da prova como instrumento de facilitação da defesa dos interesses do consumidor em juízo, se submete ao preenchimento alternativo de um dos dois requisitos citados no dispositivo legal antes mencionado a saber, a verossimilhança das alegações do consumidor ou a hipossuficiência do consumidor.

No que diz respeito à verossimilhança, Antonio Gidi<sup>30</sup> aduz que verossímil é o que é semelhante à verdade, o que tem aparência de verdade, o que não repugna a verdade, enfim, o que é provável...é possível fazer uma aproximação entre a verossimilhança das alegações do consumidor e o *fumus boni juris* do processo cautelar, na qual seria, por assim dizer, uma espécie de *fumus boni facti*.

Do que foi acima exposto, pode-se concluir que a ideia de verossimilhança está assentada na ideia do que é provável, em um juízo de plausibilidade do que está sendo alegado pelo consumidor como fundamentos dos pedidos que foram aduzidos em juízo.

No que diz respeito à hipossuficiência, a doutrina de Paulo de Tarso Sanseveriano<sup>31</sup> aduz que a hipossuficiência, relaciona-se à vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Não é uma definição meramente econômica, conforme parte da doutrina tentou inicialmente cunhar, relacionando-a ao conceito de necessidade da assistência judiciária gratuita.

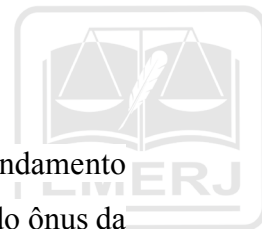
Trata-se de um conceito jurídico, derivando do desequilíbrio concreto em determinada relação de consumo. Num caso específico, a desigualdade entre o consumidor e o fornecedor é tão manifesta que, aplicadas as regras processuais normais, teria o autor remotas chances de comprovar os fatos constitutivos de seu direito. As circunstâncias probatórias indicam que a tarefa probatória do consumidor prejudicado é extremamente difícil.

---

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> GIDI, Antonio. Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.13, p. 32, jan/mar.1995.

<sup>31</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 348.



No que diz respeito à inversão do ônus da prova *ope legis*, tem-se o seu fundamento legal nos artigos 12, §3º e 14 §3º do Código de Defesa do consumidor<sup>32</sup>. A Inversão do ônus da prova *ope legis*, está ligada à regulação, pelo Código de Defesa do Consumidor, do fato do produto ou fato do serviço.

Ao relatar o resp nº 1.168.775 – RS (2009/0234552-3), o eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino<sup>33</sup>, pontua com precisão os contornos da inversão do ônus da prova *ope legis*. Aduz o renomado magistrado que a peculiaridade da responsabilidade pelo fato do produto (art. 12), assim como ocorre na responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14), é a previsão, no microsistema do CDC, de regra específica acerca da distribuição do ônus da prova da "inexistência de defeito".

A previsão legal é sutil, mas de extrema importância na prática processual. O fornecedor, no caso o fabricante, na precisa dicção legal, "só não será responsabilizado quando provar ... que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste." Ou seja, o ônus da prova da inexistência de defeito do produto ou do serviço é do fornecedor, no caso, do fabricante demandado.

A inversão do ônus da prova, nessa hipótese específica, não decorre de um ato do juiz, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC<sup>34</sup>, mas derivou de decisão política do próprio legislador, estatuinto a regra acima aludida. É a distinção entre a inversão do ônus da prova "*ope legis*" (ato do legislador) e a inversão "*ope judicis*" (ato do juiz).

Como se percebe, a distinção entre a inversão do ônus da prova *ope judicis* e *ope legis*, não é meramente acadêmica, antes tem enorme relevância prática. Para além de reger situações jurídicas distintas, tem-se que a inversão do ônus da prova na modalidade *ope judicis*, não pode ser declarada exclusivamente na sentença.

Isso porque a inversão do ônus da prova *ope judicis* será deferida a critério do juiz, preenchidos os requisitos legais previstos no artigo 6º, Inciso VIII do código de Defesa do Consumidor<sup>35</sup>. Convencendo-se o magistrado de que o consumidor faz jus à inversão do ônus da prova *ope judicis*, o ônus probatório será redistribuído, de modo que o fornecedor de produto ou serviço deverá ser comunicado previamente da substancial alteração de seu ônus probatório, sob pena de ocorrer cerceamento de defesa.

---

<sup>32</sup> BRASIL, op cit., nota 07.

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.168.775*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseveriano. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

<sup>34</sup> BRASIL, op cit., nota 07.

<sup>35</sup> Ibidem.





Por outro lado, tratando-se de inversão do ônus da prova *ope legis*, a questão processual do momento em que se deve decretar a inversão do ônus da prova não se impõe. Isso porque, tratando-se de escolha apriorística do próprio legislador, as partes envolvidas em litígios relacionados a fatos do serviço ou do produto, já sabem exatamente o ônus probatório que lhe cabem, de modo que o fornecedor já sabe de *lege lata* que tem o ônus probatório de demonstrar a inexistência de defeitos no produto ou serviço posto no mercado de consumo.

Colha-se, mais uma vez, as lições do Eminentíssimo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino<sup>36</sup> ao relatar o RESP nº 1.168.775 – RS (2009/0234552-3), quando afirma que nessas duas hipóteses de acidentes de consumo (artigo 12, §3º e artigo 14, §3º do CDC<sup>37</sup>), mostra-se impertinente a indagação acerca dessa questão processual de se estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova. Na realidade, a inversão já foi feita pelo próprio legislador ("*ope legis*") e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei.

A segunda hipótese prevista pelo CDC, relativa à inversão do ônus da prova "*ope judicis*", mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a “verossimilhança” e a “hipossuficiência” a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC<sup>38</sup>.

No julgamento pela Segunda Sessão do STJ do RESP nº 802.832, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino<sup>39</sup>, o STJ assentou entendimento no sentido de que a inversão do ônus da prova na modalidade *ope judicis*, constitui regra de instrução, posto que interfere no comportamento processual das partes e deve ser decretada ordinariamente quando da prolação do despacho saneador.

---

<sup>36</sup> Brasil, op. cit., nota 33.

<sup>37</sup> BRASIL, op cit., nota 07.

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 802.832*. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseveriano. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

### 3. DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES ENVOLVENDO EMPRESÁRIOS

A Lei nº 8078/90<sup>40</sup> permite expressamente que a pessoa jurídica seja enquadrada no conceito de consumidor para fins de aplicação das normas protetivas nela previstas, o que pode ser constatado da leitura do artigo 2º da Lei nº 8078/90<sup>41</sup>, que afirma que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

A interpretação do conceito legal de consumidor é disputada por duas grandes teorias a saber, a teoria finalista ou subjetiva e a teoria maximalista ou objetiva.

Em linhas gerais, a teoria finalista qualifica o consumidor a partir do elemento teleológico definido no próprio texto do artigo 2º da Lei nº 8078/90<sup>42</sup>, que define consumidor como sendo toda pessoa, física ou jurídica, que adquire produtos e serviços como destinatário final.

Vê-se da definição apresentada, que a teoria finalista restringe o espectro de incidência das normas protetivas positivadas no Código de Defesa do Consumidor àquele que, sendo pessoa física ou jurídica, adquire o produto como destinatário final visando à satisfação de uma necessidade pessoal.

Desse modo, estariam afastados do conceito jurídico de consumidor todos aqueles que adquirem produtos ou serviços como insumos, destinando-os ao desenvolvimento de atividade de natureza econômica.

A teoria maximalista, por sua vez, vai na direção diametralmente oposta e amplia o espectro de incidência da legislação protetiva, ao conceituar consumidor como sendo o destinatário fático do produto ou serviço, não importando sua destinação final.

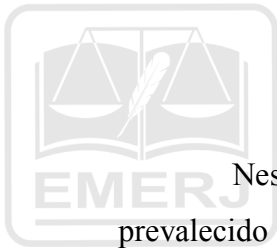
No Brasil, prevaleceu a concepção finalista, que como visto, interpreta de modo restritivo o conceito de consumidor, exigindo o elemento teleológico, consistente na aquisição do produto ou serviço para satisfação de uma necessidade pessoal do consumidor ou de sua família.

---

<sup>40</sup> BRASIL, *op cit.*, nota 07.

<sup>41</sup> *Ibidem.*

<sup>42</sup> *Ibidem.*



Nesse sentido, Flavio Tartuce<sup>43</sup>, prestando adesão à corrente finalista, afirma que tem prevalecido no Brasil a ideia de que o consumidor deve ser o destinatário fático e econômico dos produtos e serviços adquiridos junto ao mercado.

No STJ, prevaleceu, como regra geral, a concepção finalista de consumidor.

Em voto vista no julgado do RESP nº 541.867/BA<sup>44</sup>, o Eminentíssimo Ministro Jorge Scartezini, bem pontua os contornos das teorias maximalista e finalista:

A orientação maximalista pressupõe um conceito jurídico-objetivo de consumidor, entendendo que a Lei nº 8.078/90, ao defini-lo como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final", apenas exige, para sua caracterização, a realização de um ato de consumo. A expressão "destinatário final", pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor que a pessoa, física ou jurídica, se apresente como destinatário fático do bem ou serviço, isto é, que o retire do mercado.

(...)

Para os subjetivistas, porém, é imprescindível à conceituação de consumidor que a destinação final seja entendida como econômica, é dizer, que a aquisição de um bem ou a utilização de um serviço satisfaça uma necessidade pessoal do adquirente ou utente, pessoa física ou jurídica, e não objetivo o desenvolvimento de outra atividade comercial. Não se admite, portanto, que o consumo se faça com vistas à incrementação de atividade profissional lucrativa, e isto, ressalte-se, quer se destine o bem ou serviço à revenda ou à integração do processo de transformação, beneficiamento ou montagem de outros bens ou serviços, quer simplesmente passe a compor o ativo fixo do estabelecimento empresarial.

Diga-se, porém, que o Código de Defesa do Consumidor, é sobretudo um arcabouço principiológico de normas, isto é, a legislação consumerista, visa, sobretudo, a fomentar o equilíbrio nas relações jurídico-econômicas, com vistas a dar concretude, efetividade à Constituição Federal<sup>45</sup>, notadamente ao artigo 5º, inciso I que trata do princípio da igualdade substancial.

Nesse sentido, verificou-se no plano fático que a aplicação rigorosa da teoria finalista revelou-se demasiadamente injusta. É que não raras vezes, as relações jurídico-econômicas travadas entre profissionais são marcadas pela desigualdade substancial entre os contratantes.

Um dos participantes da relação jurídico-econômica, apresenta-se em situação de vulnerabilidade, seja técnica, econômica ou jurídica em relação ao outro. Daí surgiu inexorável a necessidade de afastamento episódico e casuístico do rigor dogmático da teoria finalista, com vistas a permitir que, verificando-se no caso concreto a vulnerabilidade jurídica, fática ou econômica da pessoa jurídica, possa-lhe ser deferida a aplicação das normas protetivas do

<sup>43</sup>TARTUCE; NEVES, op. cit., p. 97.

<sup>44</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 541.867*. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 21 out. 2019.

<sup>45</sup>BRASIL, op cit., nota 01.

Código de Defesa do Consumidor, sem perquirir a respeito da destinação final que é dada ao produto ou serviço.

Surge, então, mitigação da teoria finalista, que admite, excepcionalmente, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a quem eventualmente não adquira o produto ou serviço para satisfação de uma necessidade pessoal, estando aí positivada a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor à pessoa jurídica que exerça atividade econômica.

A esse respeito, válidas as lições de Claudia Lima Marques:<sup>46</sup>

Em face da experiência no direito comparado, a escolha do legislador brasileiro, do critério da destinação final, com o parágrafo único do art. 2º e com uma interpretação teleológica permitindo exceções, parece ser uma escolha sensata. A regra é a exclusão 'ab initio' do profissional da proteção do Código, mas as exceções virão através da ação da jurisprudência, que em virtude da vulnerabilidade do profissional, excluirá o contrato da aplicação das regras normais do Direito Comercial e aplicará as regras protetivas do CDC.

Assim, presente a vulnerabilidade em qualquer de suas vertentes (vulnerabilidade jurídica, econômica ou fática), deve-se afastar a aplicação da legislação ordinária, para dar margem à aplicação ao caso concreto das normas do Código de Defesa do Consumidor, ainda que em favor de pessoa jurídica empresária, que tenha adquirido produto ou serviços com vistas a aplicá-lo em atividade de caráter econômico.

Em conclusão, satisfeitos os pressupostos fáticos e jurídicos da teoria finalista mitigada, pode-se, excepcionalmente, autorizar a incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor na hipótese em que uma das partes, embora não seja a destinatária econômica do produto ou serviço, se apresente em situação de vulnerabilidade.

Em sendo cabível a aplicação do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor, será cabível, também, por óbvio, o deferimento da inversão do ônus da prova, em qualquer de suas modalidades, *ope judis ou ope legis*, em favor de pessoa jurídica empresária que adquira produto ou serviço para o implemento de sua atividade econômica.

---

<sup>46</sup> MARQUES, op. cit., p. 278-280.



O artigo discutiu a possibilidade de aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor, notadamente a inversão do ônus da prova, às relações jurídicas entabuladas entre empresários.

De início, delimitou-se o campo de incidência das normas de Proteção e Defesa do Consumidor a partir da conceituação legal dos sujeitos da relação jurídica de consumo.

O Artigo 3º do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor afirma que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública, ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Destacou-se a profissionalidade como elemento essencial para caracterizar fornecedor de produtos e serviços para fins de aplicação das normas da Lei nº 8078/90.

De igual forma, demonstrou-se que consumidor, segundo o artigo 2º da Lei nº 8078/90, é toda pessoa física e jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Em seguida, o artigo tratou especificamente do instituto jurídico da inversão do ônus da prova, as modalidades previstas na Lei nº 8078/90, isto é inversão do ônus da prova *ope legis* e inversão do ônus da prova na modalidade *ope iudice*.

Os requisitos para fazer jus a benefício da inversão do ônus da prova e ainda as discussões doutrinárias e jurisprudências relativas ao momento em que o magistrado deve se pronunciar a respeito da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, também foram abordadas no artigo.

O artigo expõe ainda a discussão a respeito das teorias que disputam a interpretação do conceito legal de consumidor a saber, a teoria finalista e a teoria maximalista.

Demonstrou-se que no STJ prevaleceu a concepção finalista de consumidor segundo a qual, consumidor deve ser o destinatário fático e econômico dos produtos e serviços adquiridos junto ao mercado de consumo.

A discussão a respeito da interpretação legal do conceito jurídico de consumidor foi aprofundada, com vistas a demonstrar que a aplicação rigorosa da teoria finalista do consumidor nas relações jurídicas travadas entre empresários, em que um dos empresários não é destinatário econômico do produto, revelou-se no plano fático profundamente injusta. É que não raras vezes, as relações jurídico-econômicas travadas entre profissionais são marcadas pela desigualdade substancial entre os contratantes.

Daí surgiu inexorável a necessidade de afastamento episódico e casuístico do rigor dogmático da teoria finalista, com vistas a permitir que, verificando-se no caso concreto a vulnerabilidade jurídica, fática ou econômica da pessoa jurídica, possa-lhe ser deferida a aplicação das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, sem perquirir a respeito da destinação final que é dada ao produto ou serviço. É o que o STJ convencionou chamar de teoria finalista mitigada.

Feitas as considerações e explicações, conclui-se pela possibilidade de deferimento da inversão do ônus das provas às pessoas jurídicas profissionais, sem perquirir a respeito da destinação final econômica do produto ou serviço sempre que no caso concreto se verificar a vulnerabilidade jurídica, fática ou economia da empresa.

Dessa forma, o autor espera que o presente artigo possa contribuir para o debate acadêmico e aplicação prática do instituto, sobretudo para dotá-lo de efetividade no âmbito jurídico

## REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman V; Claudia Lima Marques; Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de Direito do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

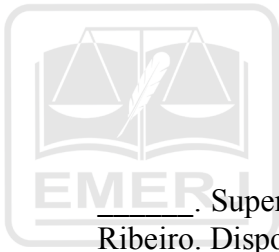
BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça. *Resp nº 1.168.775*. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseveriano. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça. *Resp nº 1.168.775*. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseveriano. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça. *Resp nº 541.867*. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 21 out. 2019.



Superior Tribunal De Justiça. *Resp n° 541.867*. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 21 out. 2019.

GIDI, Antonio. Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 13, jan./mar. 1995.

MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2007.

TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

## A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE BENS DOS MAIORES DE 70 ANOS

Rafaela Heidenreich Bucci

Graduada pela Faculdade Integradas Vianna Júnior. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** - em regra, quando os nubentes contraem matrimônio eles possuem a liberdade de escolher o regime de bens que irá vigorar durante o casamento. Excepcionalmente, tal regra é mitigada e será imposta o regime total de bens aos indivíduos maiores de 70 anos. Acontece que tal norma está ultrapassada, haja vista que ela possui um cunho patrimonialista, o que não se coaduna mais com as regras do direito de família. Sendo assim, a essência do trabalho é mostrar que a norma impositiva do regime total de bens aos maiores de 70 anos deve ser declarada inconstitucional, tendo em vista que ela viola diversos princípios e direitos fundamentais dos indivíduos senis.

**Palavras-chave** – Direito de Família. Regime de Bens. Maiores de 70 anos.

**Sumário** – Introdução. 1. Controvérsias quanto a aplicação do regime da separação total de bens aos maiores de 70 anos. 2. Da capacidade civil do maior de 70 anos e o Estatuto do Idoso. 3. Violação dos princípios diante da imposição do regime da separação obrigatória de bens em razão da idade dos nubentes. Conclusão. Referências.

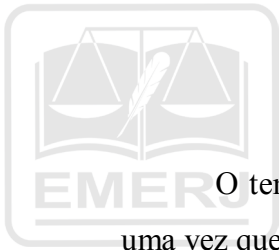
### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute sobre a inconstitucionalidade do regime de bens para os maiores de 70 anos. Procura-se demonstrar que a imposição do regime total de bens aos maiores de 70 anos viola preceitos constitucionais, como a autonomia da vontade, isonomia e dignidade da pessoa humana.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir se seria possível a inconstitucionalidade do artigo 1647, II do Código Civil, tendo em vista que tal norma viola diversos princípios constitucionais.

O regime de bens é o fenômeno inerente as relações matrimoniais. A regra é que ambos os nubentes tenham a autonomia para escolher o regime de bens que irá vigorar durante o casamento. Excepcionalmente, tal regra é mitigada pelo ordenamento jurídico, como exemplo, a imposição do regime da separação total de bens aos maiores de 70 anos. Diante disso, surge as seguintes reflexões: é possível a norma civilista impor tal regime de bens aos maiores de 70 anos?





O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a intervenção do Poder Judiciário nas relações matrimoniais.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os princípios constitucionais que são violados diante da imposição do regime obrigatório de bens. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade de um anteprojeto de lei para que a norma seja declarada inconstitucional, principalmente, pelo fato de compelir um patrimonialismo exagerado ao invés de preservar a autonomia da vontade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão das controvérsias quanto a aplicação do regime da separação total de bens aos maiores de 70 anos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, sobre a capacidade civil do maior de 70 anos no Estatuto do Idoso, com o objetivo de aferir se é realmente necessária uma norma civilista que imponha um regime total de bens ou se o Estatuto já é suficiente para proteger os direitos fundamentais do idoso.

O terceiro capítulo pesquisa sobre as violações dos princípios diante da imposição do regime da separação obrigatória de bens em razão da idade dos nubentes. Procura-se explicitar uma ineficácia preventiva da norma civilista ao impor tal regime com a justificativa de que estaria tentando proteger o patrimônio do idoso. Para tanto, é necessário refletir sobre a inconstitucionalidade do regime de bens aos maiores de 70 anos.

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

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

## 1. CONTROVÉRSIAS QUANTO A APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS AOS MAIORES DE 70 ANOS

O regime de bens é o fenômeno inerente as relações matrimoniais. A regra é que ambos os nubentes tenham a autonomia para escolher o regime de bens que irá vigorar na constância do casamento conforme o artigo 1639 do Código Civil. Excepcionalmente, tal regra é mitigada



pelo ordenamento jurídico, sendo um exemplo: a imposição do regime obrigatório de bens aos maiores de 70 anos nos termos do artigo 1641, II do CC<sup>1</sup>.

Em regra, quando os nubentes não estipulam o regime de bens que irá vigorar durante a relação matrimonial aplica-se o regime da comunhão parcial de bens conforme o artigo 1640 do CC. Por outro lado, será imposto o regime obrigatório de bens caso os nubentes contraem casamento em alguma das condições previstas no artigo 1641, I ao III do CC<sup>2</sup>.

A imposição do regime obrigatório de bens tem por objetivo evitar a possível confusão patrimonial. Sendo assim, tal regime é imposto com o objetivo de proteger os bens de tais indivíduos. Porém, o problema surge, porque os maiores de 70 anos não deveriam mais estar previstos no rol do artigo 1641 do CC, haja vista que não faz mais sentido em falar em imposição do regime obrigatório de bens aos indivíduos senis com a finalidade de evitar a confusão patrimonial.

No regime da separação de bens cada um dos nubentes possui o seu patrimônio particular, ou seja, não haverá comunicação com os bens do outro cônjuge, antes ou depois da constância do vínculo matrimonial. Excepcionalmente, em tal regime é possível ocorrer a comunicação de tais bens durante o matrimônio, desde que haja esforço comum de ambos os cônjuges nos termos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup>.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência discutem se o artigo 1641, II do CC é inconstitucional ou não. Aos que defendem a inconstitucionalidade da norma alegam que a imposição de tal regime, em razão da idade dos nubentes, traz como consequência a violação dos princípios da liberdade, isonomia e dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a imposição do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos está legitimada em um patrimonialismo exagerado, o que não se coaduna mais com o Direito Civil Contemporâneo. Quem defende a constitucionalidade de tal imposição alega que o dispositivo tem por objetivo proteger o idoso.

Porém, na verdade, focalizando especificamente a obra de Flávio Tartuce<sup>4</sup>, a norma não visa proteger o idoso, mas sim os interesses patrimoniais dos seus herdeiros, diante de um possível golpe do baú, em geral praticado por pessoas mais jovens com más intenções.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em: 03 set. 2019.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 377*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400)> Acesso em: 3 set. 2019.

<sup>4</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. V. 6. 15. ed. São Paulo: Gen Jurídico, 2019, p. 149.



Segundo o doutrinador Paulo Lobô<sup>5</sup>, quando a norma do artigo 1641, II do CC foi inserida no ordenamento jurídico, a ideia que se quis trazer foi a proteção do futuro patrimônio dos herdeiros. Logo, percebe-se que a norma é preconceituosa e acaba criando um pacto corvina. Sendo este um acordo que tem por objeto a herança de pessoa viva, instituto este vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro nos termos do artigo 426 do CC<sup>6</sup>.

É importante ressaltar que o artigo 1641, II do CC teve a sua redação alterada em 2010 pela Lei nº 12.344. A sua redação original expunha que seria imposta o regime total de bens aos noivos que contasse com mais de sessenta anos ou a noiva com mais de cinquenta anos de idade. Tal mudança teria sido motivada pelo aumento da expectativa de vida dos brasileiros.

Nesse sentido, a jurisprudência tem entendido que seria possível alterar o regime de bens aos maiores de sessenta anos, desde que haja um fundamento e uma autorização judicial, como exemplo, a hipótese do casamento precedido de união estável iniciada antes dessa idade. Sendo que tal ideia também está prevista no Enunciado 262 do Conselho de Justiça Federal<sup>7</sup>

Mesmo assim, percebe-se que a jurisprudência ainda é reservada quanto ao tema, pois apesar de ter sido entendido pela não aplicação da regra do artigo 1641, II do CC, tal discussão se deu diante de um caso específico. Qual seja, o maior de 60 anos teria contraído o matrimônio precedido de união estável iniciada antes dessa idade. Ressalta-se que esse julgado é de suma importância, pois ele expôs sobre as violações aos princípios constitucionais<sup>8</sup>:

Modificação do regime matrimonial de bens. Legitimidade e interesse para pleitear a respectiva alteração, que encontraria respaldo no art. 1.639, § 2.º, do CC. Matrimônio contraído quando os insurgentes possuíam mais de 60 (sessenta) anos de idade. Separação obrigatória de bens. Pretendida modificação para o regime de comunhão universal. Interpretação sistemática do Código Civil e da Constituição Federal. Conclusão de que a imposição de regime de bens aos idosos se revela inconstitucional. Afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Legislação que, conquanto revestida de alegado caráter protecionista, mostra-se discriminatória. Tratamento diferenciado em razão de idade. Nubentes plenamente capazes para dispor de seu patrimônio comum e particular, assim como para eleger o regime de bens que melhor atender aos interesses postos.

Por outro lado, outros julgados não adotam tal entendimento. Em um julgado foi decidido que para alterar o regime de bens aos nubentes que contam com mais de 60 anos seria

<sup>5</sup> LOBÔ, Paulo. *Direito Civil: Direito de Família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 318.

<sup>6</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>7</sup> BRASIL. *Conselho de Justiça Federal nº 262*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/513>>. Acesso em: 23 set. 2019.

<sup>8</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 2011.057535-0*. Rel. Des. Luiz Fernando Boller. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20879555/apelacao-civel-ac-575350-sc-2011057535-0-tjsc/inteiro-teor-21061813?ref=juris-tabs3>>. Acesso em: 23 set. 2019.

necessário que a norma fosse declarada inconstitucional, sob o argumento da cláusula da reserva de plenário prevista no artigo 97 da CRFB/88<sup>9</sup>.

Cite-se, como exemplo, o seguinte acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais<sup>10</sup>:

É necessário que a Corte Superior se pronuncie sobre a não recepção do art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916 pela CR/88, bem como sobre a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC, de forma que somente após este precedente o órgão fracionário possa declará-la, diante da cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição da República.

Há doutrinadores que entendem pela inconstitucionalidade do artigo 1641, II do CC. Conforme os ensinamentos dos doutrinadores Pablo Gagliano e Rodolfo Filho<sup>11</sup>:

O que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso. Avançada idade, por si só, como se sabe, não é causa de incapacidade! Se existe receio de o idoso ser vítima de um golpe por conta de uma vulnerabilidade explicada por enfermidade ou deficiência mental, que seja instaurado procedimento próprio de interdição, mas disso não se conclua em favor de uma inadmissível restrição de direitos, simplesmente por conta da sua idade.

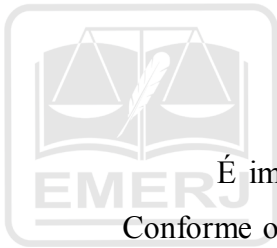
Percebe-se que a imposição do regime total de bens em razão da idade dos nubentes é um problema individual, social, econômico e jurídico, no qual evidencia a necessidade de tutela do Judiciário. Além disso, tais indivíduos deveriam ter a plena liberdade de escolher o regime de bens que irá vigorar durante a relação matrimonial, sob pena de ofender o princípio da autonomia privada que rege o regime de bens, bem como os princípios constitucionais, quais sejam, liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Quando os nubentes escolhem o regime de bens, tal vontade não pode estar viciada, sob pena de não valer o regime estipulado. Se a vontade dos maiores de 70 anos não estiver viciada não há que se falar em imposição do regime obrigatório de bens. Porém, não é isso que o Código Civil brasileiro expõe.

<sup>9</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 3 set. 2019

<sup>10</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 6497335-28.2009.8.13.0702*. Rel. Des. Vieira de Brito. Disponível em: <<https://www.26notas.com.br/blog/?p=9823>> Acesso em: 23 set. 2019.

<sup>11</sup> GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. V. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 331.



É importante observar que, atualmente, o código prima pela eticidade e socialidade. Conforme o princípio da socialidade, o CC regula normas que tem por objetivo preservar os interesses da sociedade, não prevalecendo mais as regras individualistas.

Além disso, pelo princípio da eticidade as relações jurídicas devem ser pautadas pela boa-fé objetiva e função social. Diante disso, por conta de tais princípios, percebe-se a inocuidade da norma prevista no artigo 1641, II do CC. Isso acontece, pois caso houvesse uma burla quanto a escolha do regime de bens, verifica-se que as próprias normas do código repudiam a atuação daquele que age com abuso de direito e má fé conforme os artigos 186, 421 e 422, ambos do CC<sup>12</sup>.

Nesse sentido, não há necessidade de impor uma norma específica, sob a justificativa de que estaria protegendo o patrimônio do maior de 70 anos, pois percebe-se que o próprio código impõe normas repudiando aquele que age com má fé. Portanto, a regra é que haja a liberdade de escolha quanto a adoção do regime de bens e excepcionalmente, o Estado poderá intervir em tais situações.

Diante do aumento da expectativa de vida, observa-se que a população brasileira está cada vez mais envelhecendo. Constata-se que, a tendência é que a população jovem diminua e que aumente o número de idosos. Diante disso, a norma prevista no artigo 1641, II do CC precisa ser urgentemente revista, pois ela não se coaduna mais com o CC brasileiro e nem com o Estado Democrático de Direito.

Portanto, conforme entendimento majoritário da doutrina, defendida por Flavio Tartuce<sup>13</sup> e Paulo Lobô<sup>14</sup>, a norma do artigo 1641, II do CC é flagrantemente inconstitucional, tendo em vista que ela não se coaduna mais com o ordenamento jurídico brasileiro. Por outro lado, percebe-se que a jurisprudência ainda é reservada quanto ao tema, tendo em vista que foi decidido que não seria aplicado a imposição do regime de bens aos maiores de 60 anos, precedida de união estável iniciada antes dessa idade. De outro lado, há um julgado entendendo que seria necessário que a Corte Superior se manifestasse pela inconstitucionalidade do artigo 1641, II do CC, sob pena de violar a cláusula de reserva do plenário prevista no artigo 97 da CRFB/88<sup>15</sup>.

---

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

<sup>13</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. V. 6. 15 ed. São Paulo: Gen Jurídico, 2019, p. 149.

<sup>14</sup> LOB.

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

## 2. DA CAPACIDADE CIVIL DO MAIOR DE 70 ANOS E O ESTATUTO DO IDOSO

Em nenhum momento o Estatuto do Idoso e o Código Civil consideram que o indivíduo que atinja a idade senil terá a perda da capacidade civil. Ressalta-se que todas pessoas possuem a capacidade de direito, sendo está a capacidade de adquirir direitos e deles gozar, demonstrando a semelhança entre ela e a personalidade jurídica. Ao passo que nem todos possuem a capacidade de fato, o que configura exceção, haja vista que as regras que restringem os direitos devem ser interpretadas de forma restritiva.

Nesse sentido, a capacidade de fato consiste na capacidade para exercer os direitos e praticar atos. Além disso, os artigos 3º e 4º, ambos do Código Civil enumeram respectivamente os absolutamente e relativamente incapazes<sup>16</sup>.

Segundo o doutrinador Paulo Lobô<sup>17</sup>, a norma do artigo 1641, II do CC indiretamente quer dizer que os maiores de setenta anos não possuem a capacidade civil para escolher o regime de bens.

A parte geral do CC e o Estatuto do Idoso consideram que o indivíduo senil tem a capacidade civil de fato e de direito. Porém, a norma do artigo 1641, II do CC criou uma espécie de incapacidade de fato ao maior de setenta anos, o que é flagrantemente inconstitucional, pois ela viola princípios e direitos fundamentais. Ademais, vários doutrinadores entendem que a imposição do regime de bens a tais indivíduos é uma norma preconceituosa.

Na verdade, quem entende que a norma do artigo 1641, II do CC é constitucional, alega que o ordenamento quis proteger a vulnerabilidade do indivíduo senil. Porém, percebe-se uma contradição em tal argumento, haja vista que o Estatuto do Idoso traz normas protetivas ao idoso.

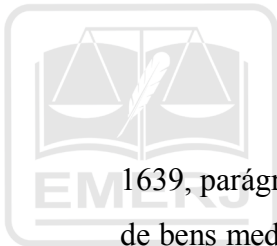
Também é importante mencionar que a partir dos dezesseis anos os nubentes adquirem a capacidade para o casamento, mas entre os dezesseis e dezoito anos incompletos é necessário a autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais e quando for injusta a denegação tal autorização será feita por suprimento judicial. Sendo assim, percebe-se que os indivíduos maiores de 70 anos além de possuírem a capacidade de fato e de direito, possuem a capacidade para contraírem casamento.

Além disso, o ordenamento jurídico prima que, em regra, as partes possuem a autonomia de escolher o regime de bens que irá vigorar durante o matrimônio. Ressalta-se que o artigo

---

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>17</sup> LOB.



1639, parágrafo segundo do CC<sup>18</sup> diz que é possível durante o casamento a alteração do regime de bens mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, ressalvados os direitos de terceiros.

Sendo assim, percebe-se que o regime de bens preza pela mutabilidade, desde que observe o regramento do artigo 1639, parágrafo segundo do CC. Diante disso, o artigo 1641, II do CC além de criar uma espécie de incapacidade de fato dos indivíduos senis, acaba por violar a regra da mutabilidade do regime de bens previsto no artigo 1639, parágrafo segundo do CC, haja vista que os indivíduos que contraem matrimônio com 70 anos não poderiam mudar o regime de bens durante o casamento.

A imposição do regime de bens aos nubentes foi criada com o objetivo de evitar a confusão patrimonial entre os nubentes, sendo uma imposição legal. Porém, os indivíduos maiores de 70 anos que contraem matrimônio não deveriam estar previstos no rol de pessoas que devem casar com a imposição do regime obrigatório de bens.

A outra falha argumentativa é que a norma do artigo 1641, II do CC não protegeria os indivíduos que possui idade entre sessenta e setenta anos, tendo em vista que pelo Estatuto do Idoso é considerado idoso aquele que tem idade igual ou superior a sessenta anos. Conclui-se que o CC apenas “protegeria” os idosos com mais de setenta anos, esquecendo dos que contam com idade entre os sessenta aos setenta anos.

Logo, percebe-se que houve um tratamento desigual aos idosos que contam com idade entre sessenta aos setenta anos e aos maiores de setenta anos. O ideal é que o artigo 1641, II do CC seja declarado inconstitucional, pois além de dar um tratamento diferenciado ocorre a violação da autonomia da vontade.

O Estatuto do Idoso foi editado com o objetivo de proteger a vulnerabilidade dos idosos. Ressalta-se que não seria necessário a edição de uma norma para proteger o regime de bens dos indivíduos que contam com mais de setenta anos, haja vista que o ordenamento jurídico almeja que as relações jurídicas sejam pautadas pela boa fé objetiva, fins sociais e bem comum.

Sendo assim, caso ocorra a má fé de alguns dos nubentes quanto a escolha do regime de bens tal relação jurídica deverá ser declarada nula. Não havendo que se impor um tratamento diferenciado aos indivíduos maiores de setenta anos.

---

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

O artigo 10 do Estatuto do Idoso<sup>19</sup> assegura que: “o Estado e a sociedade devem assegurar à pessoa idosa liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis”.

Sendo assim, percebe-se que a norma do artigo 1641, II do CC é uma afronta aos princípios da liberdade, isonomia e dignidade da pessoa humana, pois ela retira do indivíduo a autonomia de escolher o regime de bens que irá vigorar durante a relação matrimonial.

Há uma discriminação quando o legislador impõe o regime obrigatório de bens aos nubentes em razão da idade. Percebe-se que o artigo 4º Estatuto do Idoso<sup>20</sup> repudia qualquer atitude discriminatória e atentatória aos direitos dos idosos.

A incapacidade decorre da impossibilidade de a pessoa manifestar sua vontade diretamente por não ter discernimento total ou parcial. Diante da definição da incapacidade, observa-se que não há que se falar em incapacidade de escolher o regime de bens aos maiores de setenta anos.

Segundo os ensinamentos de Silmara Juny Chinelato<sup>21</sup>:

Inexiste razão científica para a restrição imposta no dispositivo em tela, pois pessoas com mais de 70 anos aportam a maturidade de conhecimentos da vida pessoal, familiar e profissional, devendo, por isso, ser prestigiadas quanto à capacidade de decidir por si mesmas. Entender que a velhice, aduz — e com ela, in-fundadamente, a capacidade de raciocínio —, chega aos 70 anos é uma forma de discriminação, cuja inconstitucionalidade deveria ser arguida tanto em cada caso concreto como em ação direta de inconstitucionalidade... “A plena capacidade mental deve ser aferida em cada caso concreto, não podendo a lei presumi-la, por mero capricho do legislador que simplesmente reproduziu razões de política legislativa, fundadas no Brasil do início do século passado.

A norma civilista impõe que a capacidade para o casamento é atingida quando o indivíduo conta com dezesseis anos. Sendo assim, a pessoa que possui idade superior a setenta anos possui plena capacidade para casar e escolher o regime de bens em que irá vigorar durante o matrimônio.

Caso a pessoa esteja com a capacidade de fato afetada, ela será submetida a curatela, bem como assistida pelos legitimados do artigo 1775 do CC<sup>22</sup>. Sendo assim, o ordenamento jurídico possui regramento próprio para os indivíduos que tem a capacidade relativa afetada.

---

<sup>19</sup> BRASIL. *Estatuto do Idoso*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm)> Acesso em: 27 dez. 2019.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> CHINELATO apud GONÇALVES, Roberto. *Direito Civil 2: Direito de Família*. V. 6. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 642.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.





Ressalta-se que a curatela se trata de um *múnus público* e o curador deverá assistir e administrar os interesses dos maiores incapazes que se encontraram em alguma das situações previstas no artigo 1767 do CC. Logo, percebe-se a inutilidade do regramento do artigo 1641, II do CC, além de ser flagrantemente inconstitucional<sup>23</sup>.

Conclui-se que a norma que impõe o regime da separação total de bens aos maiores de setenta anos deve ser revista, haja vista que não se pode criar uma incapacidade civil de fato a tais indivíduos com afrontas a diversos direitos fundamentais e princípios. Além disso, tal norma não se coaduna com o direito civil contemporâneo e com o Estado Democrático de Direito.

### 3. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS EM RAZÃO DA IDADE DOS NUBENTES

A imposição do regime total de bens aos indivíduos que contraem matrimônio contando com mais de setenta anos é flagrantemente inconstitucional, haja vista que a norma do artigo 1641, II do CC viola diversos princípios e direitos fundamentais, sendo eles: a isonomia, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais são um conjunto de normas que visam promover, proteger, afirmar e concretizar direitos inerentes aos seres humanos. Sendo assim, havendo violação de tais direitos fundamentais deverá haver uma proteção pelo Estado.

Diante do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais são absolutos, ou seja, oponíveis *erga omnes*. Porém, os direitos fundamentais são relativos entre si.

Por outro lado, não pode ocorrer a relativização da dignidade da pessoa humana, haja vista que a dignidade não é conceituada como direito, mas sim um valor fundamental. Desse valor, derivam direitos, quais sejam, a igualdade, liberdade e vida. É importante ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana serve para garantir um mínimo existencial.

Quando a norma do artigo 1641, II do CC foi editada o que se quis proteger foram os bens dos maiores de 70 anos. Porém, tal norma acabou violando diversos princípios e direitos fundamentais. Diante disso, ocorrerá uma ponderação entre tais princípios para que haja a imposição ou não do regime total de bens aos maiores de setenta anos, haja vista que temos em

---

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



conflito dois direitos fundamentais, quais sejam, a proteção dos bens dos maiores de setenta anos e de outro a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Com a ponderação haverá a solução mais adequada ao caso concreto. O efeito disso será a restrição de um ou mais direitos, não havendo que se falar em abolição. Ademais, os princípios apresentam um viés de abstração, tendo por objetivo trazer a justiça.

Em relação a ponderação, ocorrerá o sacrifício de um direito útil para a solução do caso do concreto. Além disso, não poderá ocorrer outro meio menos danoso para se atingir o resultado. Por fim, o ônus imposto ao sacrificado não poderá sobrelevar o benefício que se pretenda dar à solução.

Aplica-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade quando ocorrer um conflito entre princípios. Dentro da proporcionalidade deve ocorrer a observância da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Conforme os ensinamentos de Nunes<sup>24</sup>, o princípio da dignidade da pessoa humana pode servir de base para solucionar eventuais conflitos existentes entre os diversos princípios, servindo de parâmetro para incorporar os valores éticos na sociedade. Sendo este princípio o alicerce do critério interpretativo das normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme o artigo 2º do Estatuto do Idoso<sup>25</sup>:

o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei assegurando-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidade, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Segundo o doutrinador Ivan Luiz Marques<sup>26</sup>, é proibida qualquer discriminação ou supressão de direitos dos idosos, por critérios puramente etário, sendo obrigação do Estado e de toda sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos.

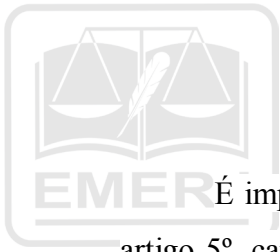
Conforme o Estatuto do Idoso, torna-se obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade a efetivação do direito à liberdade e a dignidade da pessoa humana nos termos do artigo 3º.

---

<sup>24</sup> NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 19.

<sup>26</sup> MARQUES, Ivan. *Direitos Difusos e Coletivos V*. São Paulo: Saraiva. 2012. p.65.



É importante mencionar que os princípios da igualdade e liberdade estão previstos no artigo 5º, caput e incisos I, IV, VI e IX, ambos da CF<sup>27</sup>. Além disso, a dignidade da pessoa humana está dirigida como fundamento da República Federativa do Brasil nos termos do artigo 1º, III da CF<sup>28</sup>. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana também foi positivado no artigo 8º Código de Processo Civil<sup>29</sup>.

Quando as normas jurídicas são criadas elas devem observar o princípio da igualdade, sob pena de ser flagrante inconstitucional. Apenas de forma constitucionalmente autorizada será possível a distinção perante a lei, ou seja, tratar os iguais na medida de sua igualdade e os desiguais na medida de sua desigualdade.

A todo indivíduo deverá ser assegurada a liberdade de escolha, ou seja, todo o homem é livre para manifestar sua própria vontade, sem a ingerência arbitrária do Estado. Quando ocorre a imposição do regime total de bens aos maiores de setenta anos verifica-se que há violação da autonomia da vontade. Percebe-se que o Estado não poderia atuar nas relações privadas entre os nubentes de modo a impor um regime de bens.

Por último, a dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco de todo ser humano. Sendo ela conceituada pelo autor Nunes<sup>30</sup>:

o termo dignidade aponta para, pelo menos dois aspectos análogos mais distintos: aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna.

Segundo os doutrinadores Vicente e Alexandrino<sup>31</sup>, apesar da dignidade da pessoa humana ser um Fundamento da República Federativa do Brasil, ela não se funda na propriedade de pertencer ao próprio Estado, mas sim como inerente a pessoa humana.

Por outro lado, Sidney Guerra<sup>32</sup> conceitua a dignidade como sendo:

temos a dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa ano contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) > Acesso em: 25 jan. 2020.

<sup>30</sup> NUNES, op. cit., p. 64.

<sup>31</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Gen jurídico, 2017, p.35.

<sup>32</sup> GUERRA, Sidney Junior. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm).> Acesso em: 25 jan. 2020.

mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Com relação à norma do artigo 1641, II do CC, além de serem violados dispositivos da CF brasileira, também são violadas as normas do Estatuto do Idoso, sendo elas: a igualdade, liberdade e dignidade. Além disso, tal norma viola diversos postulados do direito civil, quais sejam, os princípios da probidade, boa-fé e função social.

Por fim, a imposição do regime total de bens aos indivíduos que contraem matrimônio contando com mais de setenta anos é flagrantemente inconstitucional, diante da violação de diversos princípios e direitos fundamentais. Logo, a norma do artigo 1641, II do CC precisa ser urgentemente revista.

## CONCLUSÃO

A norma prevista no artigo 1641, II do CC precisa ser revista, haja vista que ela possui um cunho patrimonialista que não se coaduna mais com as regras do direito de família. Além disso, a imposição do regime total de bens aos maiores de 70 anos viola diversos preceitos constitucionais, como a isonomia, autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana.

Percebe-se que a norma impositiva do artigo 1641, II do CC deve ser declarada inconstitucional, tendo em vista que a imposição do regime total de bens aos maiores de 70 anos não tem por objetivo proteger o idoso, mas sim os interesses patrimoniais dos seus herdeiros. Ademais, tal norma traz um tratamento diferenciado aos senis, o que não poderia ter sido feito.

Além disso, não seria necessário a imposição de tal regime aos indivíduos maiores de 70 anos com a justificativa de proteção, tendo em vista que o código já repudia as relações que são regidas pela má fé e abuso de direito. Logo, caso ocorresse alguma burla na escolha do regime de bens deve ocorrer a anulação e imposição do regime total de bens, tendo em vista que o código prima que as relações sejam fundadas na eticidade, boa-fé objetiva e função social.

Apesar da doutrina defender a inconstitucionalidade do artigo 1641, II do CC, a jurisprudência ainda é reservada quanto ao tema, tendo em vista que há um julgado entendendo pela não aplicação da imposição do regime de bens aos maiores de 60 anos, precedida de união estável iniciada antes dessa idade, mas nada fala sobre os indivíduos que contraem matrimônio com mais de 70 anos.



Quando ocorre a imposição do regime total de bens aos indivíduos senis, o código implicitamente acaba afirmando que tais pessoas não possuem a capacidade de fato, haja vista que elas não têm a liberdade de escolher o regime de bens que irá vigorar na relação matrimonial. Logo, percebe-se que tal norma acabou criando uma incapacidade de fato aos maiores de 70 anos, o que não se coaduna com a parte geral do Código Civil e com o Estatuto do Idoso.

Há um conflito de princípio e direitos fundamentais quando se defende a constitucionalidade do artigo 1641, II do CC. De um lado temos a proteção dos bens dos maiores de setenta anos e de outro a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Para solucionar tal conflito deve ser feita a ponderação para adequarmos ao caso concreto.

Portanto, a norma prevista no artigo 1641, II do CC precisa ser urgentemente revista e declarada inconstitucional, haja vista que ela viola diversos princípios e direitos fundamentais, sendo elas: a isonomia, a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana. Por fim, a regra da imposição do regime total de bens aos maiores de 70 anos precisa ser revista, pois as relações matrimoniais não estão mais regidas por um cunho patrimonialista e não se coaduna mais com o Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em: 03 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 25 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 3 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Estatuto do Idoso*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110741.htm)> Acesso em: 27 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 377*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400)> Acesso em: 3 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 6497335-28.2009.8.13.0702*. Rel. Des. Vieira de Brito. Disponível em: <<https://www.26notas.com.br/blog/?p=9823>>. Acesso em: 23 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 2011.057535-0*. Rel. Des. Luiz Fernando Boller. Disponível em: <<https://tj->

sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20879555/apelacao-civel-ac-575350-sc-2011057535-0-tjsc/inteiro-teor-21061813?ref=juris-tabs.3> Acesso em: 23 set. 2019.

GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. V. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Roberto. *Direito Civil 2*. Direito de Família. V. 6. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GUERRA, Sidney Junior. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm).> Acesso em: 25 jan. 2020.

LOBÔ, Paulo. *Direito Civil*. Família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES, Ivan. *Direitos Difusos e Coletivos V*. São Paulo: Saraiva. 2012.

NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Gen jurídico, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Direito de Família. V. 5. 13. ed. São Paulo: Gen Jurídico, 2019.



## A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 75, §2º DO CÓDIGO PENAL: APLICAÇÃO INDIRETA DE PENAS EM CARÁTER PERPÉTUO.

Rafaela Helena Ponce de Leão Manteiga

Graduada pela Universidade Candido Mendes.  
Advogada.

**Resumo** - a Constituição Federal consagrou, no seu título referente aos direitos e garantias fundamentais, a proibição a penas de caráter perpétuo. Ocorre que, nem sempre os princípios e as normas Constitucionais são respeitados pelo legislador ordinário, tornando o produto legislativo inconstitucional. Isso acontece com o artigo 75, §2º, do Código Penal. Isso porque, infere-se do artigo 59 do Código Penal que a ressocialização do condenado é um programa do Estado, que o concretiza por meio da aplicação da pena, tendo como espécie a privativa de liberdade. Acertou o Código Penal ao limitar o cumprimento da pena privativa de liberdade a 40 anos, em respeito à proibição constitucional à vedação a penas em caráter perpétuo. Ato contínuo, pecou em seu parágrafo segundo ao prever nova unificação da pena quando constatada nova condenação por fato posterior ao início de cumprimento desta, de modo a se desprezar o período já cumprido.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Código Penal. Nova unificação de penas. Crime cometido após o início de cumprimento de pena. Inconstitucionalidade. Incompatibilidade com a vedação a penas de caráter perpétuo.

**Sumário** – Introdução. 1. Descumprimento de programas normativos por parte do Estado e sua consequência. 2. Análise sobre a incompatibilidade do artigo 75, § 2º, do Código Penal com a Constituição Federal, seus motivos e desdobramentos. 3. Cumprimento do programa legal ressocializador e o papel do Estado.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico objetiva sustentar a inconstitucionalidade do artigo 75, § 2º, do Código Penal, sob o fundamento de que a nova unificação, imposta pela norma mencionada, quando da ocorrência de condenação posterior ao início de cumprimento de pena, de modo a desprezar o período já cumprido, viola diretamente a Constituição Federal. Isso porque o texto constitucional é expresso quanto à proibição de penas em caráter perpétuo.

O objetivo é demonstrar que o Estado, mesmo que indiretamente, contribui para a prática de novos delitos por aqueles que estão sob sua guarda e vigilância. Para explicar melhor, É sabido que o texto penal, em seu artigo 59, ao trabalhar com a fixação da pena, prevê uma norma programática ao afirmar que estas têm caráter repressivo e preventivo com relação à prática de novos crimes. É de se entender, por conseguinte, que uma das



formas de prevenção ao cometimento de novos delitos se dá com a ressocialização, quando da aplicação da pena, tendo como principal espécie a restritiva de liberdade.

O tema tem a finalidade de demonstrar, portanto, que o Estado, ao não cumprir de forma efetiva com o programa previsto na norma penal, qual seja, com a ressocialização dos condenados sob sua guarda, contribui para a prática de novos delitos, cujos autores, como prevê o artigo ora em análise, são os diretamente prejudicados, pois recebem nova unificação de pena, podendo a privação de liberdade fática perdurar, assim, para além do limite máximo de 40 anos previsto na lei.

Assim, busca-se apresentar as maneiras pelas quais o Estado, seja de forma comissiva ou omissiva, atua de forma a colaborar com o cometimento de novos delitos, fazendo uma comparação com o “Estado de Coisas Inconstitucional”, adotado pelo STF, para melhor compreensão do tema.

Inicia-se, assim, o primeiro capítulo, apresentando de maneira concreta as formas pelas quais o Estado atua juntamente com o condenado quando do cometimento de novas práticas criminosas, fazendo surgir, assim, uma prioridade, qual seja, a correção do sistema carcerário brasileiro. Desse modo, sim, pode-se cumprir com o objetivo proposto pela norma penal, qual seja, o de ressocialização.

Segue-se, no segundo capítulo, explicando melhor a mencionada inconstitucionalidade do artigo supracitado, ou seja, os motivos específicos desta, bem como seus desdobramentos.

O terceiro capítulo, por conseguinte, estuda a possibilidade de, tomando por base os preceitos constitucionais protetivos do ser humano, haver a implementação de novas leis ou políticas públicas que objetivem o atingimento do programa constitucional.

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, porquanto a pesquisadora usa a bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.





## 1. DESCUMPRIMENTO DE PROGRAMAS NORMATIVOS PELO ESTADO E SUA CONSEQUÊNCIA

O ponto de partida de tal trabalho científico é analisar o motivo da alegada inconstitucionalidade do artigo ora em comento, qual seja, o artigo 75, § 2º, do Código Penal<sup>1</sup>, para, a partir de tal análise, ser possível o desdobramento de tal pesquisa no sentido de verificar quais as consequências práticas da vigência da presente norma.

Como foi abordado na contextualização do presente trabalho, de forma resumida, entende-se inconstitucional a norma prevista no artigo 75, § 2º, do Código Penal, a qual dispõe que deve ser feita nova unificação, quando da condenação por fato posterior ao início de cumprimento de pena, de forma a desprezar o período já cumprido<sup>2</sup>. Isso porque, a Constituição Federal de 1988, adotando como fundamento a dignidade da pessoa humana, é firme em não admitir, na República Federativa do Brasil, penas que vão de encontro aos direitos humanos, tal como a pena em caráter perpétuo<sup>3</sup>. Tal proibição existe não apenas pelo motivo de a pena em caráter perpétuo violar a dignidade da pessoa humana, mas também por almejar o constituinte originário a correção do agente que praticou o delito, como na hipótese de ressocialização, fato esse que não seria possível caso a pena pudesse ser aplicada sem termo final.

O legislador infraconstitucional, antes mesmo de a Constituição Federal vigente ser promulgada, estabeleceu, no artigo 59 do Código Penal, um programa a ser cumprido pelo Estado, qual seja, a reprovação e a prevenção de novos crimes<sup>4</sup>. Tal prevenção, como estabelece a própria norma, se dá, ou ao menos deveria se dar, por meio da aplicação de penas, que têm como principal espécie a privativa de liberdade.

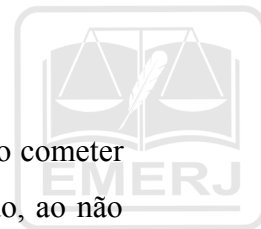
Assim, é dever do Estado assegurar condições dignas aos condenados quando do cumprimento das penas privativas de liberdade, sempre priorizando meios adequados para a possível reinserção destes na sociedade, tais como disponibilizar horários para o estudo, para o trabalho, com a consequente remuneração, e etc. Entretanto, sabe-se que o Estado, na prática, falha ao propiciar tais condições.

<sup>1</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.compilado.htm)>. Acesso em: 02 out. 2019.

<sup>2</sup>Ibid

<sup>3</sup>BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 02 out. 2019.

<sup>4</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.



A partir de tais pressupostos, entende-se que, antes de errar o condenado ao cometer novos delitos quando do cumprimento de pena privativa de liberdade, erra o Estado, ao não cumprir com seu programa de ressocialização de maneira efetiva, contribuindo, assim, para a reincidência e para a prática de novos crimes.

Chega-se, assim, à conclusão de que o artigo 75, § 2º, do Código Penal<sup>5</sup>, ao permitir nova unificação de pena desprezando o período já cumprido quando do cometimento de novo crime, é inconstitucional, por violar flagrantemente a proibição de penas em caráter perpétuo. Isso porque o condenado, a partir de um erro do Estado, ao cometer novo delito, pode ficar preso além do tempo máximo fixado em lei, qual seja, 40 anos.

A inconstitucionalidade, portanto, ficou demonstrada, pelo que resta verificar de que maneira, na prática, o Estado contribui para o cometimento de novos delitos a partir do descumprimento de seu objetivo, que é a ressocialização do condenado.

Sabe-se que a Lei de Execuções Penais<sup>6</sup> é expressa em garantir direitos mínimos aos condenados, devendo o estabelecimento penal, caso não seja capaz de fornecer diretamente tais direitos, dispor de locais que garantam a comercialização dos mesmos. Para melhor definição, dispõe o artigo 10 da Lei de Execução Penal que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Logo em sequência, em seu artigo 11, dispõe a lei que “a assistência será: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.”<sup>7</sup> Acontece que, como se sabe, o que ocorre na prática é que tal assistência material não é disponibilizada de maneira adequada, o que prejudica o condenado em seu processo de ressocialização, sem sombra de dúvidas. Isso porque, entende-se que tal assistência compõe um requisito mínimo para a garantia da dignidade humana.

Segundo Rogério Greco<sup>8</sup>, vive-se em uma democracia formal. Isso porque, segundo a Constituição Federal, são direitos sociais a saúde, a educação, o lazer, a segurança, a moradia, entre outros. O que acontece é que a norma é apenas formal, pois a implementação de tal norma não é visualizada na prática, diante do cenário em que vivemos.

A lei garante, então, o acesso dos presos à educação, esta que obriga o ensino de primeiro grau. Apesar disso, como se sabe, as instituições carcerárias, no Brasil, não foram

---

<sup>5</sup> Ibid

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei de Execuções Penais*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 02 out. 2019.

<sup>7</sup> Ibid

<sup>8</sup> GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Niterói: Impetus, 2015, p.161.



projetadas para dar aos presos um acesso ao ensino de qualidade, vez que raros são os estabelecimentos onde existem instalações adequadas para salas de aula, onde são disponibilizados aos condenados livros recreativos, didáticos ou instrutivos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 205, dispõe que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.<sup>9</sup> Já o artigo 17 da Lei de Execução Penal dispõe que “a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado”.<sup>10</sup> Assim, pela leitura dos dois diplomas normativos, seja de forma conjunta ou isolada, fica clara a percepção de que a educação é uma das prestações básicas mais importantes para o crescimento da sociedade, seja para a pessoa que se encontra livre, seja para a pessoa que cumpre pena, ou seja, para a pessoa que se encontra sob os cuidados do Estado.

A partir dessa afirmação, pode-se dizer que o Estado, ao falhar na prestação do serviço educacional aos presos, estejam estes em regime fechado, semiaberto ou aberto, descumpra uma prestação básica e primária, falhando, também, com toda a sociedade, que sofre as consequências de tal negligência. Nesse sentido, percebe-se que, apesar de a lei garantir o acesso à educação ao preso como sendo um direito, na prática tal acesso é visto como um privilégio, pois não se trata de uma prioridade do Estado.

Outro ponto de extrema importância que não pode deixar de ser tratado no presente trabalho é o direito, também assegurado por lei, dos presos à assistência religiosa. De forma semelhante, como não poderia deixar de ser, o Estado não disponibiliza aos condenados tal forma de assistência, este que é um dos fatores de maior importância quando se trata da ressocialização do recluso. Isso porque a religião, a fé, desperta nos presos sentimentos nobres, sentimentos esses que geram como consequência um senso de responsabilidade, de culpa, o que contribui para a diminuição do dolo de delinquir novamente, de causar mal, injusto e grave a outras pessoas pertencentes ao mesmo ciclo social.

Assim, o que deveria servir para ressocializar o condenado, serve, em verdade, para gerar mais angústia, raiva, desprezo por outras pessoas, agressividade. A falta de políticas públicas e o descaso com as normas já existentes fazem com que a reintegração se faça cada dia mais longínqua do que se necessita.

---

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>10</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

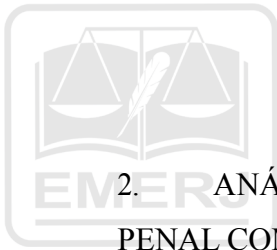


A maior forma, portanto, de o Estado descumprir seu objetivo de ressocialização, programa este estampado na legislação, é a negligência ao cumprir seu dever de assistência material aos condenados, qual seja, de disponibilizar, de maneira adequada, a saúde, o vestuário, a higiene, ou até mesmo a educação, o trabalho e o acesso à religião. Tais deveres deveriam ser vistos como prioridades ao Estado quando do cumprimento de suas políticas públicas. O que se verifica é que, por diversos motivos, inclusive por conta de uma crítica social quando se cogita disponibilizar direitos essenciais aos presos, estes que, como regra, cometem crimes que atingem não só às vítimas, mas toda a população, o Estado trata tais direitos, repita-se, considerados como sendo essenciais pela Legislação, como sendo privilégios não acessíveis aos condenados. Por outro lado, não raro, o Poder Público faz uso do erário para dar concretude a direitos não tão essenciais assim. Verifica-se, desde logo, uma má administração do poder público, quando da escolha de prioridades.

Após o narrado anteriormente, fica fácil concluir que o Estado, ao descumprir seus programas normativos na prática, contribui eficazmente para o cometimento de novos delitos por parte dos presos e egressos. Tal conclusão se desdobra em outra, qual seja, o fato de que, apesar de ser legítimo o cumprimento de pena por aqueles que descumprem as normas ditadas pela sociedade, tal cumprimento se dá de maneira desproporcional, de forma que criminosos não sofrem as consequências apenas de seus atos, mas também da má-administração do sistema carcerário.

Não seria demais concluir o capítulo dizendo que, por conta de tais falhas do Estado, o direito brasileiro reconheceu o chamado “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema carcerário do país, no julgamento do pedido de medidas cautelares formulado na ADPF nº 347/DF<sup>11</sup> pelo Supremo Tribunal Federal. Para melhor definição, entende-se o Estado de Coisas Inconstitucional como o presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária. Pelos motivos expostos, nítido o fato de que o primeiro a falhar não é o preso, mas sim o Estado.

<sup>11</sup> BRASIL .Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347 MC/DF*. < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 19 abr. 2020.



## 2. ANÁLISE SOBRE A INCOMPATIBILIDADE DO ARTIGO 75, § 2º, DO CÓDIGO PENAL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, SEUS MOTIVOS E DESDOBRAMENTOS

O objetivo do presente capítulo é explicar, de maneira pormenorizada, a alegada inconstitucionalidade do artigo em comento, ou seja, o motivo pelo qual se defende no presente trabalho que aquele está maculado com o vício mais grave que pode estar presente em qualquer norma infraconstitucional e, a partir daí, apontar os consequentes desdobramentos de tal vício.

Sabe-se, para início de argumentação, que não há qualquer problema ou ilegitimidade no cumprimento de pena por aqueles que praticam atos que se subsumem aos tipos penais previstos no código penal ou em leis penais especiais, ou seja, por aqueles que praticam os crimes vigentes no ordenamento jurídico. Isso porque, desde os tempos da vingança divina, ou seja, da época do homem primitivo, a pena é vista como necessária. Essa necessidade se dá para fins de repressão, atuando aqui a pena como instrumento de vingança do Estado contra o criminoso ou para fins de prevenção, ou seja, atuando, desta vez, com a finalidade de evitar a prática de novas infrações penais.

Atualmente, com a evolução histórica dos direitos fundamentais e das penas, diz-se que sua finalidade é mista. Assim, visa, simultaneamente, castigar o infrator pelo comportamento contrário à lei e evitar a prática de novos crimes. A presente conclusão se retira a partir da leitura do *caput* do artigo 59 do Código Penal, que é expresso em ditar tais finalidades. Com isso, conforme já explicado no capítulo anterior, é dever do Estado, a partir de políticas públicas, cumprir a lei no sentido de efetivar o objetivo proposto, sendo um deles o de prevenir a prática de novos delitos, o que não é visto na prática.

Faz-se necessário, após todo o discurso anterior de que não são cumpridas, na prática, as finalidades da pena pelo Estado, discorrer a respeito da finalidade preventiva, esta que se mostra, no presente trabalho, de maior importância.

Na modalidade prevenção geral positiva, a pena passaria a cumprir uma finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, cujo objetivo é de oferecer uma certa estabilidade ao ordenamento jurídico, conforme leciona Cezar Roberto Bitencourt.<sup>12</sup>

O aspecto geral negativo da finalidade preventiva da pena, foco do presente discurso, procura criar um contraestímulo forte no espírito dos criminosos para afastá-los,

<sup>12</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral.V.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.147.

definitivamente, da prática de crimes.

Defende-se, a partir de tal premissa, que existe um prazo para que o Estado consiga atingir tal objetivo. Quer-se dizer, com isso, que se após 40 anos de cumprimento de pena, que é o limite máximo permitido por lei, limite este alterado no ano de 2019 pela Lei nº 13.964<sup>13</sup>, ou até mesmo após um prazo um pouco menor, mas igualmente suficiente para o cumprimento do objetivo de mudança no condenado, este não for alcançado, não é justo que o Estado procure multiplicar tal período até o atingimento de tal programa. A referida prática, qual seja, a de se fazer nova unificação quando do cometimento de novos crimes após o início de cumprimento da pena, desprezando o período já cumprido, vai de encontro a tal finalidade de prevenção, fazendo atuar tão somente a finalidade retributiva da pena. Isso, sem dúvidas, viola nitidamente a dignidade da pessoa humana, fundamento da República previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>14</sup>.

Explicando melhor. Se, após vários anos, o Estado não cumpre seu papel de prevenção e ressocialização, em respeito ao caráter temporário da pena, não pode este, sob o argumento de que o condenado praticou um novo crime, reverter sua responsabilidade ao agente, de modo a acrescentar novo prazo para cumprimento de nova pena. Agindo dessa forma está o Estado, em verdade, procurando corrigir um problema, qual seja, a vontade de reincidir dos condenados sob sua guarda, aplicando um método que já se sabe ser totalmente ineficaz. Assim, conclui-se que, quando da prática de novo crime após o início de cumprimento de pena, e após o condenado receber nova unificação, ou seja, receber um novo prazo para cumprimento de pena, terá esta, desta feita, apenas o caráter de reprimí-lo, mas, nunca, de ressocializá-lo. Isso porque, após um tempo cumprindo pena de privação de liberdade, saberá o poder público se tal medida será, ou não, eficiente para atingir a finalidade de ressocialização e prevenção de reincidência. Caso tal objetivo não seja alcançado em um período, pelo fato de ter o agente cometido novo delito, não há sentido em investir, novamente, na mesma medida privativa de liberdade para tanto.

Como se sabe, um dos postulados mais importantes que está presente na Teoria dos Direitos Fundamentais é a chamada proibição do retrocesso, também conhecido como efeito “cliquet”, este que busca a máxima proteção dos direitos da pessoa humana, de modo a repelir medidas normativas ou políticas de supressão ou enfraquecimento. Assim, conclui-se que, ao

<sup>13</sup> BRASIL. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2020.

<sup>14</sup> BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2020.



se conquistar um novo direito fundamental ou até mesmo ao se conquistar a evolução de um já existente, é medida ilegítima e contrária ao ordenamento jurídico a edição de normas ou a prática de políticas públicas que visem a regressão de tais direitos. Essa informação é importante pelo fato de ser a finalidade preventiva da pena um direito fundamental voltado à sociedade e ao condenado. Dessa forma, quando a lei estabelece, no artigo 75, § 2º, do Código Penal, que deve haver nova unificação após condenação por fato posterior ao início de cumprimento de pena, de modo a desprezar o período já cumprido, está o legislador retirando a finalidade preventiva da pena, aplicando somente a repressiva, ou seja, está regredindo no reconhecimento de um direito fundamental. Esse argumento sustenta, ainda mais, a inconstitucionalidade do artigo em comento.

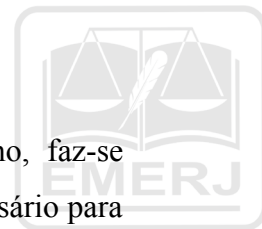
Outro argumento a favor da inconstitucionalidade do artigo em pauta se dá com o conflito entre este e a proibição, prevista no artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, a penas de caráter perpétuo. Isso porque, a partir do momento em que se admite a prorrogação do limite máximo para cumprimento de pena previsto em lei, qual seja, de quarenta anos, sempre que for cometido um novo delito por quem esteja sob os cuidados do Estado, se está dizendo, em verdade, que não há limite algum, podendo o agente se ver privado de sua liberdade por período superior ao limite legal, ou por período indeterminado. Essa ocorrência fere, nitidamente, o caráter temporário da pena, como quer a Constituição.

Pelo exposto, é de fácil percepção o fato de que, indiretamente, uma pena pode acabar tendo caráter perpétuo.

### 3. CUMPRIMENTO DO PROGRAMA LEGAL RESSOCIALIZADOR E O PAPEL DO ESTADO

O artigo científico, até o presente momento, teceu severas críticas a respeito do artigo 75, §2º do Código Penal, sob o argumento de ser este inconstitucional por diversos motivos, conforme já sustentado. Faz-se necessário, a partir de agora, para que não se limite o trabalho a julgamentos negativos, introduzir possíveis meios de se corrigir a falha legislativa e a consequente falha na aplicação de políticas públicas com o objetivo de ser possível, de fato, ressocializar o apenado.

Nota-se, como já dito, que a execução penal possui como finalidade, além do efetivo cumprimento da pena, a ressocialização do indivíduo, porém infelizmente quanto a essa última não tem produzido os resultados almejados, ocasionando, assim, a crise que se encontra o sistema prisional.



Pelo fato de ser o objetivo ressocializador o foco do presente trabalho, faz-se oportuna a conceituação de tal instituto. Ressocializar é dar ao preso o suporte necessário para reintegrá-lo a sociedade, é buscar compreender os motivos que o levaram a praticar tais delitos, é dar a ele uma chance de mudar, de ter um futuro melhor independente daquilo que aconteceu no passado.<sup>15</sup>

A fim de se corrigir a falha legislativa, qual seja, a de se desprezar o período de pena já cumprido quando da prática de um novo crime após o início de cumprimento de pena, é de se sustentar a prática de se dar prioridade ao objetivo ressocializador, deixando em segundo plano o objetivo repressor. Isso porque, o objetivo ressocializador visa beneficiar não só o réu, mas também toda a sociedade, esta que é alvo dos crimes praticados pelos agentes sujeitos às penas do Estado.

O objetivo repressor da pena também gera consequências para a sociedade, vez que todos querem presenciar o sentimento de vingança. Porém, benefícios em si só são gerados quando da concretização do objetivo ressocializador. Assim, como interesses públicos sempre tiveram que ser vistos como prioridades para o Estado, a ressocialização do preso é um objetivo primordial.

Assim, a fim de ser cumprido tal objetivo, tendo em vista as falhas atuais quando da aplicação da pena privativa de liberdade, sustenta-se que deve ser respeitado, de fato, o limite de quarenta anos previsto em lei para o cumprimento da pena. Após tal período, não deve ser este renovado, mesmo tendo o preso praticado novo crime, pelo fato de se abandonar o objetivo ressocializador, vez que não foi atingido em um grande espaço de tempo e sob pena de se limitar a pena ao objetivo repressor, o que seria violador dos direitos humanos, pois o cárcere, em verdade, na prática, acaba sendo uma verdadeira escola de crimes.

Sugere-se, então, que após o período de 40 anos sejam abandonadas ou, ao menos, reduzidas as práticas repressivas, colocando à disposição do preso, de maneira efetiva, formas de reintegrá-lo ao meio social para que o futuro deste não fique indefinido ou perdido após a sujeição ao cárcere.

Ainda existem meios alternativos para o sistema prisional brasileiro, estando vários deles previstos na própria jurisprudência. O que falta, na verdade, é o envolvimento de todos, para que sejam colocadas em prática ações que possam diminuir a criminalidade e possibilitar

<sup>15</sup> ROSSINI, Tayla Roberta Dolci. *O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8784/O-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-preso>>. Acesso em: 03 mai. 2020.





uma vida honesta ao próximo.

Sustenta-se, no presente artigo, que uma ferramenta que pode ser tida como eficaz para a ressocialização e para a reintegração do preso à sociedade é a ampliação da metodologia utilizada pelas Associações de Proteção e Assistência aos Condenados (Apacs). Tais associações trabalham, em verdade, com o estímulo ao desenvolvimento voluntário da própria sociedade nos esforços de recuperação de presos.

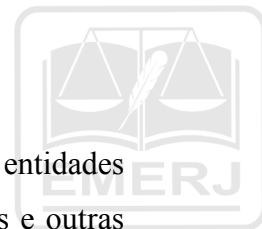
Dessa maneira, se torna papel da sociedade, quando da aplicação da pena, fazer com que esta, além de apenas responsabilizar o detento, sirva para recuperá-lo e prepará-lo para se reinserir na comunidade. Tal método prevê, como prioridades, diferentemente do que ocorre com o sistema prisional brasileiro atual, a obrigatoriedade do estudo e do trabalho, a assistência jurídica e a valorização da pessoa humana, esta sendo colocada em prática por funcionários e voluntários. Nesse sentido, repita-se, há forte participação social nesse papel ressocializador.

Partindo-se dessa premissa, defende-se que, antes de aplicar a metodologia em comento, é dever do Estado preparar a sociedade, ou seja, educar as pessoas para fazê-las concordar que, para uma melhora efetiva na convivência social no sentido de ser reduzida a violência, é essencial que seja abandonado o raciocínio isolado de vingança, mas conquistado um raciocínio de auxílio ao próximo para o avanço da comunidade e a tão sonhada construção da paz social.

Para melhor explicar, a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) é uma entidade civil, sem fins lucrativos, que se dedica à recuperação e reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade, bem como socorrer a vítima e proteger a sociedade. Opera, assim, como uma entidade auxiliar do Poder Judiciário e Executivo, respectivamente na execução penal e na administração do cumprimento das penas privativas de liberdade. Sua filosofia é „Matar o criminoso e Salvar o homem“, a partir de uma disciplina rígida, caracterizada por respeito, ordem, trabalho e o envolvimento da família do sentenciado.<sup>16</sup>

A finalidade da APAC é humanizar as prisões, sem deixar de lado a finalidade punitiva da pena, evitando a reincidência no crime e proporcionando condições para que o condenado se recupere e consiga a reintegração social.

<sup>16</sup> FARIA, Ana Paula. APAC: Um Modelo de Humanização do Sistema Penitenciário. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/apac-um-modelo-de-humanizacao-do-sistema-penitenciario/>>. Acesso em: 03. mai. 2020.



A Apac se mantém por meio de doações de pessoas físicas, jurídicas e entidades religiosas, de parcerias e convênios com o Poder Público, instituições educacionais e outras entidades, da captação de recursos junto a fundações, institutos e organizações não governamentais, bem como das contribuições de seus sócios.<sup>17</sup> É daí que surge, como dito, o auxílio da sociedade para a recuperação dos detentos.

Nesse sentido, a partir da ampliação gradual da metodologia aplicada pelas Associações de Proteção e Assistência aos Condenados acredita-se que poderemos cumprir, de maneira efetiva, o que pretende a Constituição Federal, ou seja, ressocializar aqueles que infringem as leis sem deixar de lado a humanização das penas, dando ênfase, sempre, ao papel ressocializador para o progresso da humanidade.

O presente capítulo refere-se, portanto, à sugestão de se inserir na sociedade o objetivo comum de auxílio aos que infringem às leis, para que a delinquência, em verdade, seja reduzida, abandonando-se, assim, gradativamente, o objetivo principal de vingança que assola toda e qualquer pessoa que sofre as consequências dos delitos praticados. Desta maneira, quem sabe, seja abandonada cada vez mais a necessidade de se renovar as penas privativas de liberdade aplicadas, mesmo após o limite de quarenta anos imposto por lei, vez que não geram os efeitos de ressocialização esperados.

O que deve ser renovado, em verdade, é o período de sujeição do detento em instituições que aplicam métodos efetivos de ressocialização, priorizando a dignidade da pessoa humana, a inclusão do detento no ambiente escolar, no ambiente de trabalho, no ambiente religioso e, também, no ambiente familiar.

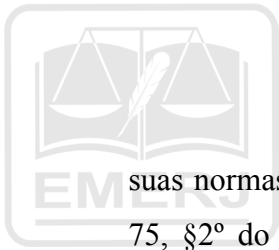
## CONCLUSÃO

Certo é que essa pesquisa constatou, como problemática essencial, a falha, por parte do Estado, na aplicação de políticas públicas eficazes no que diz respeito ao cumprimento da norma infraconstitucional, prevista no Código Penal, no sentido de dar concretude ao papel ressocializador da pena, para fazer com que seja cumprida, conseqüentemente, a Carta Constitucional, ou seja, a aplicação de normas que priorizem a dignidade da pessoa humana em detrimento de sentimentos isolados de vingança.

Assim, foi primeiro tratada a razão de se sustentar a prática de tais ilegalidades pelo Estado, partindo-se da premissa de que este falha, em primeiro lugar, quando da edição de

---

<sup>17</sup> Ibid.



suas normas legislativas. A norma que se sustenta ser inconstitucional é a prevista no artigo 75, §2º do Código Penal, pelo fato de, após um estudo detalhado sobre as consequências práticas do artigo em comento, ser de fácil constatação a ausência de qualquer benefício ao detento ou à sociedade, benefício este voltado àquilo que se sustenta ser o objetivo primordial do Estado quando do tratamento do assunto, qual seja, o cumprimento da finalidade ressocializadora da pena.

Foi, então, estudada, de forma mais detalhada, a maneira pelo qual o Estado descumpre, em primeiro lugar, com seus programas normativos e em segundo lugar com suas políticas públicas, fazendo gerar, como consequência, a reincidência por parte dos detentos sob sua guarda.

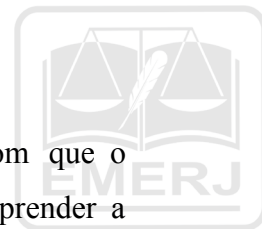
Tal estudo levou em consideração a análise das leis infraconstitucionais, quando comparadas à constituição e aos bens jurídicos sob seu enfoque de proteção. Além disso, levou em consideração a análise da administração carcerária, esta que, nitidamente, não cumpre com as políticas públicas mais importantes quando se trata da proteção ao detento, até mesmo quando se trata do objetivo de transmitir a este a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do estado democrático de direito.

Com a devida vênia aos que são adeptos de posicionamento contrário, essa pesquisa evidenciou que, enquanto não houver a mudança, em primeiro lugar, da forma de administração de políticas públicas por parte do Estado e, em segundo lugar, da maneira de repensar prioridades por parte da sociedade, ou seja, em se deixar em segundo lugar o sentimento de vingança para se colocar em primeiro lugar a vontade de auxiliar na ressocialização do próximo, com políticas voltadas à dignidade da pessoa humana, de nada adiantará o sonho de segurança e de paz social.

Explicando melhor, filiar-se a um entendimento contrário só postergaria, mas jamais resolveria, a problemática de violência que assola a sociedade.

Assim, coube trazer à presente pesquisa possíveis soluções para a problemática em questão. Isso para que não se limitasse o trabalho a críticas, algo que todos estão acostumados a fazer. Nesse sentido, chegou-se à conclusão de que seria necessária uma intervenção social no papel ressocializador do Estado, ou seja, seria necessária a implementação, na consciência da sociedade, da necessidade da humanização do detento quando do cumprimento da pena.

Desta maneira foi sugerida a aplicação do método aplicado pelas Associações de Proteção e Assistência aos condenados, trazendo um breve resumo da forma pela qual tais associações cumprem, ou ao menos tentam cumprir, o papel ressocializador do detento previsto em lei. Isso porque tais associações aplicam, de forma obrigatória, os meios



sugeridos pela legislação para que se atinja a finalidade pretendida, fazendo com que o detento não se sinta um criminoso, mas sim uma pessoa humana que precisa aprender a conviver em sociedade.

Para que se pudesse sugerir a aplicação de alguns métodos eficazes a fim de que fosse, também, possível o cumprimento da finalidade de ressocialização da pena, prevista em lei e há tempos tida como necessária, na vida prática, foi detalhadamente explicado o motivo de se sustentar a inconstitucionalidade do artigo 75, § 2º, do Código Penal, mesmo após a alteração do limite de prazo para cumprimento de pena após a vigência da lei nº 13.964 de 2019, o chamado pacote anticrime. Isso porque, não é segredo para a sociedade moderna o fato de não ser visualizado, na prática, o cumprimento dessa limitação. Nesse sentido, por fim, é de se observar que é exatamente a ausência de cumprimento do referido comando normativo que faz com que exista, em verdade, mesmo que indiretamente, algo que a Constituição proíbe expressamente, o que seja, penas em caráter perpétuo.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. V.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 02 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 02 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei de Execuções Penais*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 02 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347 MC/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Niterói: Impetus, 2015.

FARIA, Ana Paula. *APAC: Um Modelo de Humanização do Sistema Penitenciário*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/apac-um-modelo-de-humanizacao-do-sistema-penitenciario/>>. Acesso em: 03. mai. 2020.



ROSSINI, Tayla Roberta Dolci. *O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8784/O-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-preso>>. Acesso em: 03 mai. 2020.

## CONDOMÍNIO DE FATO E O ATUAL CENÁRIO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Renata Lustosa da Fonseca Vogt

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo** – a realidade dos condomínios de fato, à margem do ordenamento jurídico, configura uma situação de ampla desigualdade no que se refere ao rateio das taxas de contribuição. Sob o manto dos princípios da livre associação e da legalidade, há moradores beneficiados que se recusam a se associar e a partilhar as despesas referentes aos serviços básicos oferecidos. Em função da recorrência do tema nos tribunais, a jurisprudência pacificou-se pela impossibilidade da cobrança, configurando uma situação insustentável. A essência do trabalho é enfrentar as possíveis vias para que o posicionamento solidificado seja revisto, estancando o quadro de desequilíbrio vigente.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Condomínio de Fato. Enriquecimento sem Causa. Boa Fé Coletiva. Livre Associação.

**Sumário** – Introdução. 1. O rateio das despesas do serviço de manutenção e conservação em condomínios de fato: uma discussão pautada na essencialidade dos serviços prestados diante da omissão do Estado. 2. O direito à livre associação e a propriedade beneficiada. 3. Do cabimento da cobrança de rateio de despesas em face da alteração na Lei nº 6.766/79. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda a controvérsia em torno da legitimidade de cobrança de taxas de manutenção em condomínios de fato. Procura-se demonstrar que a falta de adesão ao pagamento das despesas traduz-se em um cenário de enriquecimento sem causa, sendo necessário apreciar possíveis saídas para rever tal disparidade.

Diante do contexto de elevada urbanização, com o desenvolvimento de grandes centros urbanos nos quais evidencia-se um quadro dramático de desigualdade social, violência e falência do Estado, a prestação de serviços públicos pelo Poder Público mostra-se nitidamente deficiente. Em decorrência desse quadro, os moradores de loteamentos imobiliários urbanos com objetivo em comum se reuniram para, de certa forma, privatizarem o espaço público e assim contratarem serviços particulares de segurança, manutenção, lazer e limpeza, dentre outros.

Em face dessa realidade social, nasceram os condomínios de fato, nos quais se pressupõe o rateio das despesas entre os moradores beneficiados pelos serviços, cujos imóveis sofrem conseqüente valorização.



Contudo, nem todos moradores agem de boa fé e participam da divisão das despesas, gerando um insustentável quadro de enriquecimento sem causa, o que nos leva a pensar: não seria o momento de mudança do entendimento jurisprudencial em face da atual égide legislativa?

O tema é relevante por conta do quadro de desequilíbrio vigente, que vem afetando os demais moradores que se veem sobrecarregados por despesas que não lhe são exclusivas.

Caracteriza-se ainda uma verdadeira deformação da boa fé pelos que se recusam a contribuir, amparados pelo princípio constitucional da livre associação.

Por se tratar de matéria sobre a qual, ainda que tenha havido precedente, se apresenta um inconformismo com a jurisprudência, mostra-se pertinente a discussão para uma redefinição de posicionamento, especialmente após a mudança legislativa ocorrida.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho diferenciando os serviços prestados nos condomínios de fato entre essenciais e não essenciais, para assim analisar a viabilidade de cobrança de serviços básicos a não associados.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que o direito constitucional à livre associação não deve ser bastante para impedir o rateio de despesas aos proprietários dos imóveis beneficiados, analisando assim argumentos que levem à ponderação do mandamento constitucional.

No terceiro capítulo, em face da alteração na Lei nº 6.766/79, evidencia-se a possibilidade de mudança jurisprudencial para legitimar a cobrança de despesas a não associados em condomínios de fato.

A pesquisa será de abordagem qualitativa, ideal para questões controvertidas. Para tanto, será trabalhado conteúdo bibliográfico pertinente ao tema, além da investigação de legislação, julgados e precedentes, todos devidamente analisados e fichados na fase exploratória da pesquisa, permitindo assim desenvolver a tese.

Em um segundo momento, ocorrerá a pesquisa descritiva, apresentando o resultado da consulta. Essa fase será marcada por uma análise detalhada e minuciosa do objeto de estudo, ou seja, um aprofundamento da exploração do tema.

## 1. O RATEIO DAS DESPESAS DO SERVIÇO DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO EM CONDOMÍNIOS DE FATO: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NA ESSENCIALIDADE DOS SERVIÇOS PRESTADOS DIANTE DA OMISSÃO DO ESTADO

A partir da Constituição Federal de 1988<sup>1</sup> e do Estatuto da Cidade<sup>2</sup>, o direito urbanístico desenvolveu-se, trazendo um regramento mais efetivo para a ordenação e o parcelamento do solo nas cidades brasileiras. A questão da ordem urbanística ganhou então relevo como um instrumento para efetivação de direitos sociais e, também, de outros direitos fundamentais, como o direito à propriedade e à segurança.<sup>3</sup>

A ocupação do solo, contudo, ainda se mantém desordenada, evidenciando um abismo entre a norma e a realidade. Nesse contexto, desenvolveram-se os condomínios de fato, também conhecidos como loteamentos fechados. A esse respeito, vale, inicialmente, explicitar que os loteamentos nascem da divisão de uma gleba em lotes individualizados. Os espaços livres, ruas e praças que daí surgem são transmitidos ao domínio público do município, com afetação ao interesse público, na ocasião da aprovação do plano de loteamento pela municipalidade.<sup>4</sup>

Em face do adensamento urbano desordenado e da prestação de serviços públicos deficientes, os loteamentos foram se mobilizando, limitando o acesso às suas vias de circulação e oferecendo serviços de segurança e manutenção do espaço “privatizado”. Surgem, assim, à margem de uma legislação própria, os condomínios de fato, regidos por um regulamento da vida comunitária do loteamento, nos moldes de uma típica convenção de condomínio.<sup>5</sup>

Tal fenômeno urbanístico repercute em uma série de demandas nas esferas administrativa e judicial. Despontam questionamentos sobre a legalidade da desafetação de bens públicos para a outorga de concessão de uso aos particulares, bem como discussões no campo de direito privado sobre a questão da legalidade da cobrança compulsória da “quota condominial”, esta última objeto do presente trabalho.

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 18 ago. 2019.

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei nº 10.257*, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2019.

<sup>3</sup> SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Loteamento fechado ou condomínio de fato*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 13.

<sup>4</sup> BARROSO, Roberto. *O município e o parcelamento do solo*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45896/46790>>. Acesso em: 22 set. 2019.

<sup>5</sup> SARMENTO FILHO, op. cit., p. 24.





O debate em torno da exigibilidade da cobrança de contribuição de manutenção implica em definir a divisibilidade e a essencialidade do tipo de serviço prestado.

É notória a situação de insegurança que toma conta das grandes cidades brasileiras, com registros alarmantes de violência. Por conta do medo instaurado – que funciona como um verdadeiro catalizador da organização social – e dos índices assustadores, impõe-se a contratação de serviço de vigilância particular. Além de reduzir os índices de criminalidade nos espaços contratados, assegurando uma vida mais tranquila nos loteamentos fechados, geram conseqüentemente a valorização dos imóveis no espaço. Dizer que o uso de alarmes, câmeras de vigilância, serviços de rondas, dentre outros, são artigos de luxo, dispensáveis, se mostra, na hipótese, imprudente.

Há ainda outros serviços que se mostram muitas vezes essenciais, a depender da localidade do loteamento e da carência da prestação de serviços na região, podendo se apontar a título exemplificativo os serviços de: manutenção, conservação, coleta de lixo, lazer, reparo em vias e calçadas, dentre outros.

Note-se que tais serviços básicos, sobretudo, valorizam os imóveis e possuem um caráter de natureza indivisível, devendo assim ser suportados por todos beneficiados, enquanto o Poder Público não assumir efetivamente seu papel. Tal dever de pagar se impõe, independente da existência de vínculo com a associação de moradores, visto que é usufruído por todos naquele espaço.<sup>6</sup>

Vale arguir que o debate aqui se trava em torno de serviços básicos de interesse da coletividade, relativos à funcionalização da propriedade, de modo a garantir maior qualidade de vida e dignidade aos moradores.

Fala-se em contraprestação de serviço efetivamente prestado, serviço esse de interesse comum dos moradores da localidade, pelo qual exigível uma contrapartida, pois de fato usufruído pelas partes. Nesse sentido, o voto vencido do Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves, nos Embargos de Divergência em REsp nº 444.931/SP (2005/0084165-3)<sup>7</sup>:

[...] o proprietário de unidade em loteamento está obrigado a concorrer no rateio das despesas de melhoramentos que beneficiam a todos, ainda que não faça parte da associação, dado que, além de usufruir das benfeitorias comuns e dos serviços prestados e custeados pelos vizinhos, tem valorizado o seu patrimônio.

<sup>6</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Condomínio de fato: agoniza, mas não morre*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/11/29/condominio-de-fato-agoniza-mas-nao-morre/>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de divergência em REsp nº 444.931/SP (2005/0084165-3)*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100790/Julgado\\_3.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100790/Julgado_3.pdf)>. Acesso em: 06 set. 2019.

Dessa maneira, busca-se esclarecer que eventuais despesas distintas da finalidade essencial que queiram ser agregadas por associações de moradores não deverão ser suportadas em caráter compulsório pelas propriedades do condomínio de fato não-associadas. Ainda que as associações possam disponibilizar aulas de esportes, aluguel de quadras esportivas e mais uma infinidade de atividades a seus membros, essa cobrança específica só se mostra legítima aos associados, ou seja, por quem tem de fato o serviço à sua disposição.<sup>8</sup>

Ainda que diante do evidente dever de rateio das despesas dos serviços essenciais suportadas pelo condomínio de fato, há aqueles que se recusam a pagar sob a alegação de não serem associados, com base no art. 5º, inciso XX, da CRFB/88<sup>9</sup>, ou seja, amparados sob o manto do direito à livre associação. Demonstra-se com tal atitude um comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) diante da comprovada prestação do serviço, em nítida violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, previsto no CC/02<sup>10</sup>, em seu art. 884.<sup>11</sup>

Com o locupletamento ilícito, ocorre o acréscimo de bens no patrimônio daqueles que não contribuem, em detrimento dos associados, que se veem sobrecarregados por cobranças excessivas, tendo que suportar a quota-parte que não lhes seria atribuível.

Tal situação de enriquecimento ilícito é perpetuada pelo entendimento vigente na jurisprudência, pois o STF, no RE nº 432.106/RJ<sup>12</sup>, em 20.09.2011, considerou indevida a cobrança a não associados de quotas de manutenção em condomínios de fato por ofensa ao princípio da legalidade e da livre associação, forçando assim uma reviravolta no entendimento até então vigente, que encontrava-se sumulado no TJ-RJ, no verbete nº 79.<sup>13</sup>

Em face da decisão do Supremo, abriu-se ainda caminho para maior inadimplência dos não-associados, que se veem desobrigados a contribuir.

---

<sup>8</sup> LIMA JÚNIOR, Sérgio Antunes. *Associação de moradores/condomínios de fato e a legitimidade da cobrança de rateio das despesas dos não-associados beneficiados pelos serviços básicos (essenciais)*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI301774,21048-Associação+de+moradorescondomínios+de+fato+e+a+legitimidade+da>>. Acesso em: 14 set. 2019.

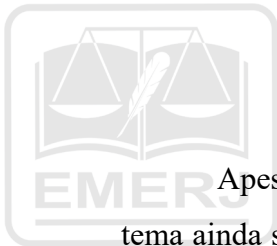
<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>10</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 18 ago.2019.

<sup>11</sup> MELLO, op. cit.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 432.106/RJ*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629287>>. Acesso em: 10 set. 2019.

<sup>13</sup> BRASIL. *TJ-RJ, súmula 79*: “em respeito ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, as associações de moradores podem exigir dos não associados, em igualdade de condições com os associados, que concorram para o custeio dos serviços por elas efetivamente prestados e que sejam do interesse comum dos moradores da localidade.”



Apesar da decisão ter pacificado o entendimento jurisprudencial, o debate sobre o tema ainda se mostra atual diante da situação de desigualdade vigente, sobrecarregando uns e ocasionando o locupletamento ilícito de outros.

Há que se apontar que mudanças legislativas ocorreram nesse interim, o que abre margem para uma revisão jurisprudencial.

Ademais, mesmo em um condomínio atípico, se pressupõe uma comunhão, da qual todos devem participar de forma contributiva pelo esforço comum. Não cabe se eximir do pagamento sob a alegação de inexistência de registro de convenção de condomínio apto a legitimar a cobrança, pois tal requisito é exigível apenas em face de terceiros, mas não entre os beneficiados (inter partes).<sup>14</sup>

Portanto, diante da nítida essencialidade dos serviços prestados, indubitavelmente impõe-se a participação no rateio de despesas entre todos que se beneficiam.

## 2. O DIREITO À LIVRE ASSOCIAÇÃO E A PROPRIEDADE BENEFICIADA

Ainda que o condomínio de fato possa traduzir a união de moradores com objetivos afins e diversos, mostra-se comum o interesse pela prestação dos serviços essenciais. Contudo, a despeito desse interesse, a jurisprudência dos tribunais superiores posicionou-se pela ilegalidade de qualquer cobrança aos não associados do condomínio de fato, ainda que beneficiados pelos serviços básicos, sob o argumento da liberdade de associação.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 432.106/RJ<sup>15</sup>, ao tratar da questão da compulsoriedade em pagar a contribuição exigida pelas associações de moradores de quem não esteja vinculado, consignou que ninguém pode ser compelido a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei. No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se pela técnica de recursos Repetitivos, no REsp nº 1.280.871/SP<sup>16</sup>.

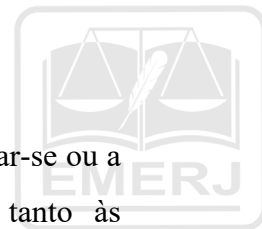
Segundo o STF, por se tratar de obrigação de fazer e de dar, tal prestação só seria exigível por meio da manifestação de vontade ou por lei. Ademais, como a Constituição

---

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 139.952/RJ*. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/436725/recurso-especial-resp-139952-rj-1997-0048271-5>>. Acesso em: 05 set. 2019.

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.280.871/SP*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201101896590.REG>>. Acesso em 02 set. 2019.



Federal prevê em seu art. 5º, inciso XX<sup>17</sup>, que ninguém pode ser compelido a associar-se ou a permanecer associado, a vedação da possibilidade de cobrança se aplicaria tanto às associações de moradores formais, fruto dos condomínios regidos pela Lei nº 4.591/64<sup>18</sup>, quanto às relativas ao fenômeno dos condomínios de fato, meras associações civis.<sup>19</sup>

Ademais, como as partes comuns são logradouros públicos, as associações de moradores nos condomínios de fato carecem de registro, assim ao adquirir um lote no local, a adesão à entidade se torna facultativa.<sup>20</sup>

Pela ausência de base legal ou contratual, cria-se um ambiente de fomento à inadimplência.

O direito à livre associação está consideravelmente voltado à liberdade de expressão e ao estado democrático de direito, ganhando maior expressão após a 2ª Guerra Mundial. Foi reconhecido pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>21</sup>, e, ao longo do século XX, foi sendo reproduzido nos sucessivos tratados internacionais sobre direitos humanos. No Brasil, é introduzido como direito fundamental a partir da Constituição de 1891 e, atualmente, encontra-se previsto no texto constitucional vigente<sup>22</sup>, no art. 5º, em seus incisos XVII, XVIII, XIX e XX.<sup>23</sup>

Chama-se de liberdade negativa de associação, o direito de quem não pretende se associar. Todavia, assim como todas as regras constitucionais, a liberdade de associação não é absoluta, tendo limites a serem respeitados. Os princípios constitucionais podem e devem ser ponderados entre si, assim não basta puramente evocar o direito à livre adesão, tem-se que levar em consideração a função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII, da CRFB/88<sup>24</sup>), a dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Nesse sentido, traz-se à colação o pensamento de Edvanilson de Araújo Lima<sup>25</sup>:

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

<sup>18</sup> BRASIL. *Lei nº 4.591*, de 16 de dezembro de 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2019.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº. 641*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo641.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 623.274/RJ*. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 17 jan. 2020.

<sup>21</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>23</sup> CAMARGO, André Antunes Soares de. *Aspectos gerais da liberdade de associação no Brasil*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-03/andre-camargo-aspectos-gerais-liberdade-associao-brasil>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>25</sup> LIMA, Edvanilson de Araújo. *A legalidade da cobrança de taxas condominiais por associações de moradores em loteamentos fechados*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46396/a-legalidade-da-cobranca-de-taxas-condominiais-por-associacoes-de-moradores-em-loteamentos-fechados>>. Acesso em: 21 jan. 2020.



ad argumentandum, ainda que previsão legal não existisse para a dita equiparação, princípios constitucionais da maior envergadura preponderariam, sim, sobre a propalada liberdade de associação, de molde a possibilitar a cobrança compulsória das taxas de manutenção criadas por associações de moradores. Mencionam-se aqui, para fins meramente exemplificativos, os princípios da igualdade material (art. 5º, caput, CF, pois moradores em situações iguais seriam tratados desigualmente, se prevalecer o atual entendimento do STF e do STJ, da justiça (art. 3º, I, da CF) e da solidariedade (art. 3º, I, da CF). Admitida, ademais, a existência de regra jurídica a respeito (art. 3º do Decreto-Lei nº 271/1967), haveria ainda o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF) como parâmetro de ponderação em face da solitária liberdade de associação. A balança penderia, sem dúvida, para o lado da igualdade, da justiça, da solidariedade e da legalidade. Aliás, quanto a esse último, não haveria sustentáculo lógico em deixar de aplicar o princípio da legalidade (Decreto-Lei nº 271/1967) às associações criadas nos loteamentos fechados – que são pessoas jurídicas, segundo o art. 44, I, do Código Civil – e, doutra banda, reconhecer sua perfeita incidência (Lei nº 4.591/1964) aos condomínios edilícios – que sequer têm personalidade jurídica. Seria negar a incidência da legalidade ao que existe (associações de moradores) para só admiti-la ao que não existe juridicamente (condomínios edilícios).

Durante muitos anos, nos tribunais, a tese majoritária a justificar a cobrança, desvirtuando-se do argumento da livre associação, foi a do enriquecimento sem causa. Diante da necessidade de rateio das despesas entre os membros do loteamento na proporção dos benefícios recebidos, justificava-se a ponderação entre princípios.

Com base em análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça, Leonardo Mattietto<sup>26</sup> manifestou-se no sentido de que:

descobre-se, com muita clareza, que o princípio que veda o enriquecimento sem causa tem inspirado os julgadores a efetuar uma ponderação, em contraste com a liberdade associativa (Constituição de 1988, art. 5º, XX). Aquele princípio, ao qual se reconhece matriz igualmente constitucional, tem sido o fundamento da jurisprudência a determinar que os integrantes do condomínio de fato, ainda que não sejam associados, paguem as contribuições necessárias para manter o ente coletivo.

Ainda que se alegue que o enriquecimento sem causa possui índole legislativa (arts. 884 a 886 do CC/02<sup>27</sup>), há que se apontar que a Constituição Federal, embora não possua preceito algum nesse sentido, refuta tal instituto.<sup>28</sup> Ademais, já foram enumerados, nesse trabalho, princípios constitucionais aptos a permitir a flexibilização do argumento da livre associação.

<sup>26</sup> MATTIETTO, Leonardo. O condomínio de fato no direito brasileiro contemporâneo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 29, p. 255, jan./mar. 2007.

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR RE 589212/SP*. Relator: Ministro. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770052328/agreg-no-recurso-extraordinario-agr-re-589212-sp-sao-paulo/inteiro-teor-770052337?ref=serp>>. Acesso em: 11 fev. 2020.



A despeito da possibilidade de ponderação do princípio da liberdade de associação, com o passar dos anos a tese do enriquecimento sem causa findou superada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça com enfoque na legalidade e na livre adesão.

Na doutrina, há ainda argumento a favor da inaplicabilidade da tese do enriquecimento sem causa aos condomínios de fato. No texto de Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho<sup>29</sup>, o autor afirma que, na maioria dos casos, não há o preenchimento dos três requisitos<sup>30</sup> aptos a caracterizar o enriquecimento sem causa. Na hipótese, configurar-se-ia o fato de que quem não contribui para o rateio se enriquece ao beneficiar-se dos serviços prestados e ainda haveria a valorização do imóvel gerado pelo investimento de recursos dos demais moradores. Contudo, ter-se-ia ainda que enfrentar a questão da ausência de justa causa.

Sob esse ponto de vista, a ausência de justa causa se revelaria quando há uma contrariedade às normas e princípios vigentes. Assim, *in casu*, pelo condomínio de fato não ser legalmente reconhecido e o ato de fechamento de loteamento ser conduta contrária a Constituição e leis urbanísticas, configurar-se-ia justa a causa que conduziu à negativa de contribuição.

Ademais, os moradores já contribuem com o pagamento de impostos para ter os serviços públicos prestados, tornando questionável a compulsoriedade em realizar um pagamento adicional por tais serviços. Segundo o entendimento de Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho<sup>31</sup>, na hipótese, “se enriquecimento ilícito existe, este deverá ser atribuído ao município, que recebe os impostos, mas não realiza os serviços correspondentes”.

Diante do cenário de desequilíbrio entre os beneficiados que se recusam a contribuir e os que arcam com as despesas, há ainda os que defendam que a obrigação de pagar independe da qualidade de associado, sob o argumento de se tratar de obrigação *propter rem*, ou seja, existente em função do bem, acompanhando a coisa e sendo por ela garantida. O dever jurídico, nesse caso, surgiria pela mera qualidade de ser titular de um direito real.

Entretanto, as despesas condominiais, compreendidas como obrigações *propter rem*, são apenas as relativas às hipóteses em que há relação jurídica direta com o condomínio. No caso dos condomínios de fato, as contribuições criadas para arcar com os serviços colocados à

---

<sup>29</sup> SARMENTO FILHO, op. cit., p. 98-101.

<sup>30</sup> Para a configuração do enriquecimento sem causa, exige-se: a ocorrência de um enriquecimento de fato; que esse enriquecimento tenha se dado à custa de outrem; e ainda que não haja uma justa causa para o enriquecimento (art. 884 do CC/02).

<sup>31</sup> SARMENTO FILHO, op. cit., p. 101.



disposição ostentam natureza de dívida fundada em direito pessoal, sem vinculação com o bem, mas sim com a prestação. Ademais, na matrícula do loteamento não há qualquer previsão sobre o rateio das despesas, pois a convenção não pode ser levada a registro, mostrando-se inadequada a adoção de tal linha de pensamento para obrigar ao pagamento.<sup>32</sup>

Assim, em face das dificuldades em combater a atual situação de desigualdade, na vigência do entendimento jurisprudencial a favor do princípio da legalidade e da liberdade de associação, deve-se buscar ao máximo trilhar um caminho pela diferenciação entre associado e beneficiado pelos serviços, para assim obrigar ao rateio das despesas dos serviços básicos prestados em decorrência da propriedade.

Nessa hipótese, não se trataria de liberdade de associação ligada à manifestação de vontade, a qual se traduz em um benefício pessoal, mas sim da livre associação atrelada à propriedade em si, que se vê valorizada. O argumento da livre associação seria aplicável apenas para os demais serviços que extrapolam o básico e a manutenção.

A questão de participação no rateio ainda se traduz em uma exigência para adequação à boa-fé por quem tem um benefício sustentado pelos demais.

Como Sérgio Antunes Lima Júnior corretamente afirma “não há espaço na sociedade moderna para aqueles que relutam em participar no custeio das despesas oriundas dos serviços que lhe beneficiam.”<sup>33</sup> Não se deve então adotar um conformismo com o desigual quadro, e sim buscar novos caminhos para enfrentar o tema, a partir de mudanças legislativas e novas correntes de pensamento.

### 3. DO CABIMENTO DA COBRANÇA DE RATEIO DE DESPESAS EM FACE DA ALTERAÇÃO NA LEI Nº 6.766/79<sup>34</sup>

Independente de decisões dos tribunais superiores, os condomínios de fato são uma realidade na dinâmica da vida urbana, com um quadro de elevado inadimplemento instalado. Tal fato levou a lei que cuida dos loteamentos urbanos (Lei nº 6.766/79<sup>35</sup>) a ser alterada em 2017, abrindo um novo panorama à situação.

Nesse sentido, cabe apontar que as decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que defenderam a interpretação extensiva do direito à livre associação em

<sup>32</sup> BRASIL Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.731.128/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/1/art20190102-05.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2020.

<sup>33</sup> LIMA JÚNIOR, op. cit.

<sup>34</sup> BRASIL. *Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm)>. Acesso em: 08 ago. 2019.

<sup>35</sup> *Ibid.*

face da ausência de normas (princípio da legalidade), foram anteriores à mudança legislativa, o que conduz a uma nova análise do quadro normativo.

A partir da alteração trazida pela Lei nº 13.465/17<sup>36</sup>, conhecida como Lei da Reurb, foi inserido o art. 36-A na Lei nº 6.766/79<sup>37</sup>, denotando a intenção do legislador ordinário em pôr fim ao sistema desigual em que uns moradores se viam suportando exclusivamente as despesas referentes aos benefícios oferecidos a todos, exteriorizando-se, assim, a vontade popular no ato.<sup>38</sup>

A seguir o dispositivo objeto de análise:

Art. 36-A. As atividades desenvolvidas pelas associações de proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos ou empreendimentos assemelhados, desde que não tenham fins lucrativos, bem como pelas entidades civis organizadas em função da solidariedade de interesses coletivos desse público com o objetivo de administração, conservação, manutenção, disciplina de utilização e convivência, visando à valorização dos imóveis que compõem o empreendimento, tendo em vista a sua natureza jurídica, vinculam-se, por critérios de afinidade, similitude e conexão, à atividade de administração de imóveis. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Parágrafo único. A administração de imóveis na forma do caput deste artigo sujeita seus titulares à normatização e à disciplina constantes de seus atos constitutivos, cotizando-se na forma desses atos para suportar a consecução dos seus objetivos. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Com o novo dispositivo ocorre a legitimação da existência e do relevante papel dos condomínios de fato, que se ocupam da administração, conservação, manutenção, disciplina de utilização e convivência, visando à valorização dos imóveis.

Pelo texto de seu parágrafo único, evidencia-se ainda a sujeição sem distinção de todos os proprietários de imóveis daquele loteamento tanto à normatização quanto à disciplina previstas no Estatuto Social das associações, estabelecidas na forma do *caput*. Não resta dúvida que, por meio de suas disposições, obriga a proprietários associados e não associados a participarem no cotejo, para suportar a realização de seus objetivos.<sup>39</sup>

Merece ainda atenção a inserção feita pela Lei nº 13.465/17<sup>40</sup>, do parágrafo 8º, no art. 2º na Lei nº 6.766/79<sup>41</sup>, que, ao prever o loteamento de acesso controlado, reforça a ideia de

<sup>36</sup> BRASIL. *Lei nº 13.465*, de 11 de julho de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm)>. Acesso em: 22 set. 2019.

<sup>37</sup> BRASIL, op. cit., nota 32.

<sup>38</sup> LIMA JÚNIOR, op. cit.

<sup>39</sup> NICOTRA, Ricardo. *As taxas associativas em loteamentos fechados e a lei 13.465/17*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/274130/as-taxas-associativas-em-loteamentos-fechados-e-a-lei-13465-17>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

<sup>40</sup> BRASIL, op. cit., nota 35.

<sup>41</sup> BRASIL, op. cit., nota 32.





que o condomínio de fato e suas implicações jurídicas passaram a estar previstas no ordenamento. Nesse sentido:

Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 1º. Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

[...]

§ 8º. Constitui loteamento de acesso controlado a modalidade de loteamento, definida nos termos do § 1º deste artigo, cujo controle de acesso será regulamentado por ato do poder público Municipal, sendo vedado o impedimento de acesso a pedestres ou a condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Tanto o art. 36-A quanto o parágrafo 8º, do art. 2º da Lei nº 6.766/79<sup>42</sup> preveem que o condomínio de fato abrange os participantes de sua formação, bem como os adquirentes de propriedades, ainda que após a sua devida instituição. Não caberia, assim, esquivar-se da cobrança se for beneficiado.

Entretanto, muitas alterações trazidas pela Lei da Reurb<sup>43</sup> foram alvo de críticas. Por exemplo, a atribuição da atividade de administração às associações, conforme previsto no mencionado art. 36-A, fez gerar inúmeros questionamentos sobre a dimensão e o limite de tal poder, sobre a exata área sob administração, dentre outras questões.

A discussão em torno da Lei da Reurb<sup>44</sup> chegou ao Supremo Tribunal Federal por meios das ADIs nº 5771, nº 5787 e nº 5883, sustentando haver violações às previsões constitucionais referentes à política urbana, arguindo que a competência para planejar, executar e legislar sobre o tema seria atribuída aos municípios, pois trata-se de assunto de interesse local e de ordenamento territorial (art. 30, incisos I e VIII, da CRFB/88<sup>45</sup>).<sup>46</sup>

Há inclusive outros questionamentos no aspecto material, em que se argui que a lei não traz mecanismo que contribua para a efetivação de direitos para a população de baixa renda, o que, contudo, não é o foco do nosso tema.<sup>47</sup>

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> BRASIL, op. cit., nota 35.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Lei de regularização fundiária é alvo de nova ADI no Supremo*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/539942055/lei-de-regularizacao-fundiaria-e-alvo-de-nova-adi-no-supremo>>. Acesso em: 03 mar. 2020.

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Partido questiona constitucionalidade de nova lei sobre regularização fundiária*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358386&caixaBusca=N>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

No aspecto formal, questiona-se o fato da Lei nº 13.465/17<sup>48</sup> ser fruto de conversão da Medida Provisória nº 759/2014<sup>49</sup>, a qual não teria observado os pressupostos constitucionais de relevância e urgência para a regulamentação da matéria. Critica-se também a falta de audiências públicas para a consulta e debate com a sociedade civil.<sup>50</sup>

Apesar do conteúdo de alguns temas ter que ser aprofundado, tudo leva a crer que o Supremo Tribunal Federal não irá reconhecer a inconstitucionalidade, pelo menos no que se refere às questões que tangem ao condomínio de fato, pois não se trata de exigir que as pessoas se associem, mas sim de viabilizar a funcionalização da propriedade, cuidando do interesse da coletividade.<sup>51</sup>

Dessa maneira, é possível que as controvérsias em torno dos condomínios de fato sejam pacificadas, passando a ser legalmente reconhecidos o condomínio de lotes, o loteamento de acesso controlado e a cobrança da taxa condominial a todos beneficiados, afastando o argumento da ausência de previsão legal e configurando de forma efetiva o enriquecimento sem causa dos inadimplentes. De fato, a cobrança da taxa condominial estaria legitimada ainda que para os moradores que não estiverem associados, contornando-se assim a celeuma existente.

Diante do novo panorama, é possível que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as mencionadas ADIs e o RE nº 695.911<sup>52</sup>, se debruce sobre o tema sob um novo olhar, afastando-se de vez as atitudes contraditórias dos moradores – *venire contra factum proprium* – e o comportamento de má fé de quem se locupleta às custas do esforço dos outros.

## CONCLUSÃO

Esse artigo constatou, como problemática essencial, a existência dos condomínios de fato, uma realidade que persiste à margem da estrutura legal, ainda que carecendo de legitimidade. O conflito se dá entre os moradores que contribuem com as associações que

---

<sup>48</sup> BRASIL, op. cit., nota 34.

<sup>49</sup> BRASIL. *Medida Provisória nº 759*, de 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm)>. Acesso em: 23 fev.2020.

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Procurador-geral da República questiona lei sobre regularização fundiária rural e urbana*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=354860>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

<sup>51</sup> MELO, op. cit.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 695.911/SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4262142>>. Acesso em: 20 mar. 2020.



prestam serviços essenciais aos loteamentos e os moradores beneficiados, que se recusam a associar-se e a contribuir, mas usufruem dos serviços e veem seus imóveis valorizados.

Enquanto os moradores associados buscam a divisão igualitária das despesas que beneficiam a todos, os moradores não associados alegam que a Constituição Federal não os obriga a se associarem e, logo, a contribuir.

Tal conflito refletiu-se nas demandas judiciais de cobrança. Em um primeiro momento, a jurisprudência se dividia entre os argumentos divergentes apresentados pelos dois grupos de moradores, contudo prevalecia a obrigação de pagar, se beneficiado fosse. Contudo, a questão chegou aos tribunais superiores, que acabaram por firmar entendimento no sentido da impossibilidade de cobrança, seja pela garantia constitucional de não ser obrigado a se associar, seja pela ausência de previsão legal da figura dos condomínios de fato, bem como da obrigação de pagar sem estar associado.

Embora a decisão tenha pacificado as discussões judiciais, denota-se que fez perpetuar uma situação de desigualdade, que merece ser reavaliada.

Na prática, verificou-se que inúmeros argumentos foram apresentados na tentativa de superar a incidência da regra constitucional de que ninguém está obrigado a se associar ou manter-se associado (art. 5º, XX) e para enfrentar o argumento da aplicação do princípio da legalidade, entretanto, não prosperaram.

Por outro lado, a técnica de diferenciação, realizada nos dois primeiros capítulos desse artigo, entre serviços essenciais e não-essenciais conduziu à divisão entre moradores beneficiados e moradores associados, apontando para a necessidade de se lançar um novo olhar à questão, tendo por base a boa fé, vedando o locupletamento a quem usufrui dos serviços.

O principal argumento encontrado por essa pesquisa, para contornar a celeuma existente sobre a cobrança da taxa condominial para não associados, foi a mudança legislativa, trazida pela Lei da Reurb, a qual positivou a figura dos condomínios de fato e a legitimidade da cobrança, independente da qualidade de associado.

Essa pesquisa pretendeu sustentar, portanto, a necessidade de um avanço jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal, para que se encontre a solução mais apropriada para a controvérsia, diante do reconhecimento de que não há mais a alegada omissão legislativa. Com o novo panorama, a cobrança se tornou legítima e independe da qualidade de associado, devendo se sobrepor ao princípio da liberdade de associação e prestigiar os valores de igualdade, justiça e solidariedade. Seguindo o mandamento



constitucional, deve-se ter em mente a construção de uma sociedade justa e solidária, em que não cabe a perpetuação do quadro atual de desigualdade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 18 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 18 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.591*, de 16 de dezembro de 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.766*, de 19 de dezembro de 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm)>. Acesso em: 08 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.257*, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.465*, de 11 de julho de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm)>. Acesso em: 22 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 759*, de 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2020.

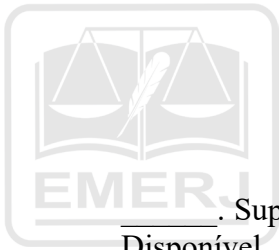
\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de divergência em REsp 444.931/SP (2005/0084165-3)*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100790/Julgado\\_3.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100790/Julgado_3.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.280.871/SP*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201101896590.REG>>. Acesso em: 02 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 139.952/RJ*. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/436725/recurso-especial-resp-139952-rj-1997-0048271-5>>. Acesso em: 05 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.731.128/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/1/art20190102-05.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 623.274/RJ*. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 17 jan. 2020.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *AgR RE nº 589.212/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770052328/agreg-no-recurso-extraordinario-agr-re-589212-sp-sao-paulo/inteiro-teor-770052337?ref=serp>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 641*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo641.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Lei de regularização fundiária é alvo de nova ADI no Supremo*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/539942055/lei-de-regularizacao-fundiaria-e-alvo-de-nova-adi-no-supremo>>. Acesso em: 03 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Partido questiona constitucionalidade de nova lei sobre regularização fundiária*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358386&caixaBusca=N>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Procurador-geral da República questiona lei sobre regularização fundiária rural e urbana*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=354860>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 432.106/RJ*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+432106%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+432106%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b439fgh>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 695.911/SP*. Relator: Ministro. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4262142>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 5. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Edvanilson de Araújo. *A legalidade da cobrança de taxas condominiais por associações de moradores em loteamentos fechados*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46396>>. Acesso em: 9 set. 2019.

LIMA JÚNIOR, Sérgio Antunes. *Associação de moradores/condomínios de fato e a legitimidade da cobrança de rateio das despesas dos não-associados beneficiados pelos serviços básicos (essenciais)*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI301774,21048-Associacao+de+moradorescondominios+de+fato+e+a+legitimidade+da>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

MATTIETTO, Leonardo. *Associação de moradores, condomínio de fato e cobrança de contribuições*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, nº 334, ago. 2005.

\_\_\_\_\_. *O condomínio de fato no direito brasileiro contemporâneo*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 29, jan./mar. 2007.



MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Condomínio de fato: agoniza, mas não morre*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/11/29/condominio-de-fato-agoniza-mas-nao-morre/>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Loteamento fechado ou condomínio de fato*. Curitiba: Juruá, 2012.

SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de fato: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.



## A TEORIA DA TAXATIVIDADE APLICADA AO AGRAVO DE INSTRUMENTO À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA

Renata Ramos Santos

Graduada pela Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas. Advogada.

**Resumo** – o Superior Tribunal de Justiça fixou tese no sentido da taxatividade mitigada da natureza do rol do artigo art. 1.015 do CPC/2015, ao julgar os Recursos Repetitivos REsp nº 1696396/MT e REsp nº 1704520/MT sob o tema nº 988, admitindo a interposição de agravo de instrumento quando demonstrada a urgência oriunda da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Dada a repercussão e importância do tema, este trabalho tem o intuito de abordar as consequências da aplicação dessa teoria, à luz da segurança jurídica.

**Palavras-chave**- Direito Processual Civil. Agravo de Instrumento. Taxatividade mitigada. Segurança jurídica.

**Sumário** – Introdução. 1. As controvérsias existentes a respeito da taxatividade do rol de cabimento do agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015. 2. Consequências da adoção da teoria da taxatividade mitigada do rol de cabimento do agravo de instrumento, à luz do princípio da segurança jurídica. 3. Necessidade de um único órgão responsável pela interpretação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, para fins de aplicação da tese firmada no Tema Repetitivo 988 pelo Superior Tribunal de Justiça. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O agravo de instrumento é um recurso de suma importância em nosso ordenamento jurídico, pois visa dar guarita aos jurisdicionados descontentes com decisões interlocutórias proferidas pelo juízo de primeiro grau, as quais possam ser capazes de gerar dano iminente apto a ensejar a recorribilidade imediata da decisão.

Em razão de sua excepcionalidade, suas hipóteses de cabimento estão taxativamente previstas no Código de Processo Civil, uma vez que somente a lei federal pode prever situações que possibilitem a interposição do referido recurso. Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça, adotou a teoria da taxatividade mitigada quanto ao seu rol de cabimento.

Isso porque, ao julgar os Recursos Especiais nº 1.696.396/MT e nº 1.704.520/MT, afetados na qualidade de Recursos Repetitivos sob o tema 988, a Corte fixou tese no sentido de que o rol do artigo 1.015 do CPC permite a interposição de agravo de instrumento nos casos em que for demonstrada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão impugnada no recurso de apelação.



Não obstante a iniciativa da Corte, seu recente entendimento pode ocasionar insegurança jurídica às partes, pois, o rol, que antes era tido como absolutamente taxativo, passou a ser mitigado, de modo que pode acarretar consequências indesejadas às partes, como a perda do prazo processual e a preclusão da decisão.

Desse modo, o presente trabalho tem como enfoque a adoção da teoria da taxatividade mitigada pelo Superior Tribunal de Justiça e o seu reflexo no princípio da segurança jurídica; ou seja, nas consequências que a adoção dessa teoria pode causar aos jurisdicionados.

No primeiro capítulo, analisa-se as controvérsias existentes a respeito da taxatividade do rol de cabimento do Agravo de Instrumento e a natureza jurídica de seu prazo, a fim de esclarecer os motivos que levaram a Corte à adoção da teoria da taxatividade mitigada.

Por sua vez, o segundo capítulo aborda a insegurança jurídica que a adoção dessa teoria pode acarretar para os jurisdicionados, como a perda do prazo para sua interposição ou a interpretação equivocada da urgência tendente a ensejar o seu cabimento.

Por fim, o terceiro capítulo, busca demonstrar a necessidade de concentração da interpretação das hipóteses de cabimento em um único órgão, com o fito de melhor prestigiar a segurança jurídica que deve permear as decisões judiciais.

Para isso, esta pesquisa jurídica possui abordagem qualitativa do objeto, visto que, a pesquisadora intenta sustentar a sua tese por meio de bibliografia relacionada ao tema em discussão, a qual será analisada e fichada durante a fase exploratória da pesquisa.

## 1. AS CONTROVÉRSIAS EXISTENTES A RESPEITO DA TAXATIVIDADE DO ROL DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O agravo de instrumento é um recurso que está previsto no artigo 1.015 do CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015, e que tem por finalidade impugnar decisões interlocutórias, entendidas essas como os pronunciamentos do juiz que tenham natureza decisória, mas que não extingam o processo com ou sem resolução do mérito, ao pôr fim à fase cognitiva do procedimento comum, nem extingam a execução<sup>1</sup>.

Por se tratar de ato processual a ser praticado tanto pela parte interessada quanto pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, na qualidade de parte ou fiscal da lei, a

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 18 out. 2019. Artigo 203, §§ 1º e 2º.





interposição do agravo de instrumento está sujeita ao prazo peremptório de 15 (quinze) dias, conforme previsão contida no § 5º do artigo 1.003.

Consoante ensina Alexandre Câmara<sup>2</sup>, diz-se que é peremptório o prazo para sua interposição, tendo em vista que o decurso do tempo acarreta a perda da possibilidade de praticar o ato. Assim, a não interposição do recurso no prazo estabelecido, acarretará a intempestividade do recurso, impedindo, pois, sua admissibilidade<sup>3</sup>.

No entanto, em que pese a preclusão, não se pode olvidar que o CPC/2015 determina que as decisões não passíveis de agravo de instrumento são impugnáveis por meio da apelação. Diferindo-se, pois, o momento de sua impugnação ao não mais prever o agravo retido em nosso ordenamento jurídico.<sup>4</sup>

Não se pode olvidar que a doutrina diverge quanto a natureza do rol de cabimento do agravo de instrumento, dada a importância desse recurso, bem como a quantidade de decisões interlocutórias proferidas ao longo do trâmite regular de um processo.

Em suma, é possível dividir a divergência em três correntes: a primeira afirma que se trata de rol absolutamente taxativo, o qual deve ser interpretado restritivamente; a segunda assevera que apesar de o rol ser taxativo é possível interpretá-lo de forma extensiva ou analógica; já para a terceira corrente, o rol do artigo 1.015 é meramente exemplificativo.

Sabe-se que um rol é exemplificativo, também denominado de *numerus apertus*, quando a lei enumera de forma exemplificativa as hipóteses de cabimento de determinado recurso. Por sua vez, o rol será taxativo ou *numerus clausus*, nos casos em que a lei dispõe expressamente todas as suas hipóteses de incidência.

Essa discussão é de extrema relevância, uma vez que, caso a parte não interponha o recurso no prazo legal, haverá a preclusão, com a impossibilidade de prática do ato, consoante acima exposto.

É preciso esclarecer que dentre os argumentos dos doutrinadores que adotam a primeira corrente está a escolha política do legislador ao adotar o rol absolutamente taxativo, bem como a necessidade de evitar que as partes sejam surpreendidas por não terem recorrido imediatamente da decisão, fazendo uso irrestrito do mandado de segurança. Por todos, cite-se

---

<sup>2</sup>CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 138.

<sup>3</sup>BRASIL, op. cit., nota 1. Artigo 1.017, I, e § 3º.

<sup>4</sup>Ibid., art. 1.009, § 1º.



Cassio Scarpinella Bueno<sup>5</sup>, que em seu livro de anotações ao novo Código de Processo Civil, aduz que:

[...] antes de aceitar a generalização do mandado de segurança contra ato judicial, talvez seja chegado o momento de se refletir se sobrevive a compreensão de que toda interlocutória *tem que ser recorrível* imediatamente ou se a redução, tal qual empreendida pelo CPC de 2015, não é senão legítima opção política, que não agride o “modelo constitucional do direito processual civil”. É de se insinuar a seguinte resposta à pergunta formulada: não cabe nenhum recurso nos casos que estão fora do alcance do artigo 1.015. Resta ao interessado suscitar a questão em razões ou contrarrazões de apelo (artigo 1.009, §§ 1º e 2º) e, naquele instante, - *a posteriori*, não *imediatamente*, portanto – tentar reverter o que for reversível ou, pura e simplesmente, conformar-se com a decisão tal qual proferida anteriormente. [...]

Por sua vez, para a segunda corrente, não há impedimentos para a interpretação extensiva ou analógica do rol, notadamente em razão da sua insuficiência para tutelar adequadamente situações semelhantes ou próximas àquelas que estejam expressamente previstas. Nesse sentido, doutrina Câmara<sup>6</sup>:

[...] o artigo 1.015 estabelece um rol taxativo (mas não exaustivo, já que há uma cláusula de encerramento no inciso XIII que prevê a possibilidade de outras disposições legais preverem outros casos de cabimento de agravo de instrumento). Assim, só é impugnável por agravo de instrumento a decisão interlocutória que, proferida por juízo de primeira instância, venha a se enquadrar em alguma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 1.015 ou que seja declarada agravável por alguma outra disposição legal. 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 – aos menos em alguns incisos, que se valem de fórmulas redacionais mais “abertas” - interpretação extensiva ou analógica.

Noutro giro, para William Santos Ferreira<sup>7</sup>, que adota a terceira corrente, o rol é exemplificativo (por ele denominado de taxatividade fraca), de modo que a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias deve levar em consideração o interesse recursal da parte e a possível inutilidade da impugnação diferida por meio da apelação. Assim, o doutrinador sustenta que:

[...] no sistema processual civil brasileiro, do CPC/2015, optou-se pela recorribilidade integral das interlocutórias, somente variando o recurso, agravo de instrumento ou, residualmente, apelação.  
Logo, algo que não pode ser esquecido é que para todo recurso impõe-se interesse recursal, sendo este não apenas um requisito do recurso sem o qual não é admissível,

<sup>5</sup>BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil: anotado*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 841.

<sup>6</sup>CÂMARA, op. cit., p. 527.

<sup>7</sup>FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade: o direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 263, p. 193-203., jan. 2017, p.199-200.



mas também é um direito do recorrente em relação ao Estado, uma vez identificada recorribilidade em lei, deve ser assegurada a utilidade do julgamento do recurso, inclusive em estrita observância do inc. XXXV do art. 5º, da CF/1988.

Se não há identificação literal das hipóteses legalmente previstas para agravo de instrumento, em primeiro momento, se defenderia a apelação, contudo se o seu julgamento futuro será inútil por impossibilidade de resultado prático pleno (ex. dano irreparável ou de difícil reparação), como no caso de uma perícia inadmitida, em que o prédio que seria objeto da perícia diante de uma desapropriação será rapidamente demolido, desaparecendo a utilidade de julgamento futuro da apelação, não é possível defender-se o cabimento da apelação, porque a lei não pode prever recurso inútil, logo é caso de cabimento do agravo de instrumento.

Em outras palavras, há uma taxatividade fraca, decorrente da própria definição de recorribilidade geral das interlocutórias, mas ainda taxatividade, porque o agravante tem o ônus de demonstrar que é necessário o agravo de instrumento em razão da inutilidade de interposição e julgamento futuros de apelação.

Diante dessa celeuma, o Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais de nº 1.696.396/MT e nº 1.704.520/MT ao rito dos recursos repetitivos, bem como representativos de controvérsia, a fim de externar o seu entendimento, na qualidade de órgão responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o território brasileiro.

Após debates e pedidos de vista, os Ministros, por maioria, chegaram a seguinte tese no Tema Repetitivo 998<sup>8</sup>: “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”.

No entanto, em que pese o relevante papel da Corte em nosso ordenamento jurídico, seu recente entendimento pode ocasionar insegurança jurídica, conforme se demonstrará no capítulo que segue.

## 2. CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO DA TEORIA DA TAXATIVIDADE MITIGADA DO ROL DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica permeia grande parte do processo civil, consoante doutrina Paulo Mendes de Oliveira<sup>9</sup>. Em especial, no que concerne à coisa julgada, aos precedentes, às invalidades, ao direito intertemporal, e à preclusão, instituto este que respinga no tema deste trabalho.

---

<sup>8</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema Repetitivo 988*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp](http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp)>. Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>9</sup>OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo*: Da rigidez à flexibilização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 113.



Dada a sua importância, Oliveira<sup>10</sup> afirma que é preciso fazer uma abordagem holística da segurança processual, a fim de analisá-la de uma forma mais ampla. Nesse sentido, leciona que:

uma primeira aproximação no tratamento do tema conduz à percepção de que um Direito processual seguro é aquele que atende a duas exigências principais: a) suas disposições devem ser dotadas de *clareza normativa*; e b) suas normas devem ser aptas a conferir *previsibilidade* quanto à forma de tutela dos direitos. [...]

Esclarecendo a necessidade de clareza normativa e previsibilidade para consecução do direito processual seguro, sustenta que<sup>11</sup>:

as normas que regem o processo civil devem ser claras o suficiente para ser compreendidas e aplicadas pelos operadores de direito sem dúvidas ou receios. Não se pode pensar em um processo seguro sem um ambiente normativo inteligível pelos destinatários das normas vigentes, que apresente coerência e não contradição das suas disposições quando analisadas sistematicamente. Tanto as disposições normativas devem ser inteligíveis quando analisadas pontualmente quanto o ordenamento interpretado em seu conjunto deve ser compreensível, formando um todo harmônico. Daí se falar na necessidade de o Direito processual apresentar segurança pela *clareza* de suas normas. Ademais, as normas que regulam o processo civil devem proporcionar aos seus operadores *previsibilidade*, de maneira que se possa ter tranquilidade quanto aos efeitos e ao grau de intangibilidade dos atos praticados no passado, bem como se possa prever como se dará a conformação do processo no futuro. Com efeito, *clareza normativa* e *previsibilidade* são os dois conceitos-chave para que o processo civil seja um ambiente seguro à idônea tutela dos direitos. Trata-se de construção que nos permite olhar tanto para segurança do direito processual quanto para a segurança da estrutura do processo. [...]

Como se pode auferir dos ensinamentos do ilustre doutrinador, a previsibilidade é um dos pilares da segurança jurídica processual, uma vez que ela permite que as partes tenham conhecimento prévio de como se dará a ritualística do processo, com o fito de praticar os atos em conformidade com o ordenamento, na busca pela tutela de seus direitos.

Para tanto, consoante explicitado no capítulo anterior, é dado um prazo para que as partes possam praticar os atos processuais, sob pena de preclusão, caracterizada esta pela perda da possibilidade de praticá-los, com vistas a dar estabilidade ao processo, em homenagem à segurança jurídica, consoante doutrina Câmara<sup>12</sup>.

Nessa linha de raciocínio, infere-se que o Superior Tribunal de Justiça vulnerou a segurança processual no aspecto previsibilidade, já que ao adotar a teoria da taxatividade mitigada do rol de cabimento do agravo de instrumento, permite a interposição do recurso para além das hipóteses previstas no artigo 1.015 do CPC, sem determinação prévia de quando será

---

<sup>10</sup>Ibid., p. 114.

<sup>11</sup>Ibid., p.114-115.

<sup>12</sup>CÂMARA, op. cit., p. 307.



cabível, mas apenas com referência a conceitos jurídicos indeterminados, como a “urgência da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”, os quais dependem da análise do caso concreto.

Isso porque, a tese firmada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, suscita inquietude nos jurisdicionados, os quais não sabem ao certo em quais casos o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal responsável pelo julgamento do recurso<sup>13</sup> decidirá pela admissibilidade ou não do Agravo de Instrumento.

Nesse contexto, imperioso salientar que o julgamento dos Recursos Repetitivos REsp nº 1696396/MT<sup>14</sup> e REsp nº 1704520/MT<sup>15</sup> afetados como representativos de controvérsia para a fixação da tese objeto da pesquisa, não foi unânime, mas sim por maioria dos Ministros da Corte Especial, órgão composto pelos quinze Ministros mais antigos do STJ<sup>16</sup>, em decorrência da insegurança jurídica que a permeia.

À vista disso, importante trazer à baila parte das considerações feitas tanto pela Ministra Relatora, Nancy Andrighi, em seu voto vencedor, quanto as contraposições trazidas pelo Ministro Geraldo OG Fernandes, no seu voto-vista (vencido) no julgamento do REsp nº 1.696.396-MT<sup>17</sup>.

Em seu voto, a Ministra Nancy Andrighi<sup>18</sup> expôs que a taxatividade mitigada pelo requisito da urgência afasta qualquer espécie de preclusão. Isso porque, para a Relatora, não há que se falar em preclusão temporal, uma vez que, a impugnação da parte não resignada com a interlocutória se dará antes do termo final legalmente previsto para tanto, qual seja, nas razões ou contrarrazões de apelação, já que a adoção da tese apenas antecipa, excepcionalmente, seu momento de interposição.

Além disso, assevera<sup>19</sup> que não haverá preclusão lógica, na medida em que pela previsão legal, a decisão não prevista no artigo 1.015, do CPC está momentaneamente imune, e somente por uma conduta ativa da parte autora “é que se poderá, eventualmente e se

<sup>13</sup>BRASIL, op. cit., nota 1. Artigo 1.016.

<sup>14</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1696396*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201702262874&dt\\_publicacao=19/12/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702262874&dt_publicacao=19/12/2018)>. Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>15</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1704520*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201702719246&dt\\_publicacao=19/12/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702719246&dt_publicacao=19/12/2018)>. Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>16</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>>. Acesso em: 19 abr. 2020, Artigo 2º, I, e § 2º; artigo 8º, parágrafo único; e artigo 11, XVI.

<sup>17</sup>BRASIL, op. cit., nota 14.

<sup>18</sup>Ibid.

<sup>19</sup>Ibid.



preenchido o seu requisito, desestabilizar a questão, retirando-a do estado de espera que a própria lei a colocou e permitindo que seja ela examinada imediatamente."

Alude<sup>20</sup> ainda que, a preclusão lógica estará afastada, pois, "apenas haverá o efetivo rompimento do estado de inércia da questão incidente se, além da tentativa da parte prejudicada, houver também juízo positivo de admissibilidade do recurso de agravo de instrumento".

Assim, para a Ministra<sup>21</sup>, na hipótese de aplicação da tese fixada, somente haverá preclusão da decisão quando houver um duplo juízo de conformidade, ou seja, "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 admissibilidade."

No entanto, em que pese o entendimento da Ministra Relatora, a adoção da tese traz sim insegurança aos jurisdicionados, pois, falta previsibilidade no que concerne aos casos em que a parte poderá ter seu direito tutelado pelo Agravo de Instrumento. Desse modo, assiste razão ao Ministro OG Fernandes, uma vez que, diante de tal hipótese, a preclusão ficará à mercê da parte prejudicada com a decisão.

Nesse sentido, o Ministro<sup>22</sup> traz exemplos esclarecedores em seu voto:

Imagine-se, por exemplo, o caso de decisão que indefere o pedido de decretação de segredo de justiça, ou mesmo a decisão que decide sobre a competência para o exame do feito. Qual o regime de preclusão para essas decisões? Ou, indo além, qual o recurso cabível contra tais decisões? Segundo a tese proposta pela Relatora, se houver a dupla conformidade da parte e do tribunal quanto à existência da urgência, o recurso cabível é o agravo de instrumento, e a preclusão não terá ocorrido, diante da interposição do agravo no momento adequado.

O problema com essa resposta é o seguinte: caso a parte opte por não agravar, o tribunal não poderá ser chamado a se manifestar e a preclusão não ocorrerá. Mas, pensemos em outra hipótese, em que não haja a interposição do agravo pela parte, e o tribunal entenda, no momento do exame da questão impugnada como preliminar de apelação ou em contrarrazões, que se tratava de questão urgente (a exemplo do pleito de decretação de segredo de justiça ou de decisão sobre a competência). Poderá o tribunal, nesse caso, decidir que a urgência efetivamente existia e que, portanto, a preclusão ocorreu diante da não interposição do agravo?

Verifique-se que, como exposto pelo Ministro, o problema da adoção da tese estará justamente nos casos em que a parte optar por não agravar, e o Tribunal, em momento posterior, ao ser instado a se manifestar a respeito da questão em preliminar de apelação ou em contrarrazões, entender que a urgência era sim apta a possibilitar a aplicação da tese de urgência pela inutilidade do recurso.

---

<sup>20</sup>Ibid.

<sup>21</sup>Ibid.

<sup>22</sup>Ibid.



Isso porque, diante de tal situação, a insegurança se instalará, tendo em vista que há a possibilidade de o Tribunal não admitir o recurso, justamente por entender preclusa a decisão, uma vez que não agravada pela parte no momento oportuno.

Com isso, preocupados com a preclusão da decisão, as partes passarão a agravar todas as decisões sob o argumento da urgência, o que irá de encontro ao intuito do legislador ao estabelecer o rol do artigo 1.015. do CPC.

Ademais, relegar a preclusão apenas aos casos de dupla conformidade, retira do Tribunal a análise do requisito da urgência nos casos em que a parte opte por não recorrer, bem como o recurso cabível de tal decisão.

Não se pode olvidar ainda que a insegurança causada na parte que foi favorecida pela decisão interlocutória, uma vez que apenas terá certeza da preclusão da decisão quando esta se enquadrar no rol do artigo 1.015, do CPC, pois nas demais hipóteses, dependerá da parte prejudicada para que a preclusão se consuma. Isso porque, como bem apontado pelo Ministro OG Fernandes<sup>23</sup> “ficará nas mãos da parte prejudicada pela decisão interlocutória a escolha de alegar urgência (interpondo agravo de instrumento), ou impugnar o decisum apenas no momento do apelo”.

Perceba-se com isso que, a tese adotada possibilita que a parte fique em dúvidas quanto ao cabimento do recurso nas hipóteses não enquadradas no rol do dispositivo, o que poderá acarretar a preclusão temporal tanto para sua interposição, quanto para interposição residual da apelação, consoante interpretação do § 1º do artigo 1.009; ou, de outra monta, a interposição desmedida do recurso, fugindo a *mens legis*.

Dessa forma, é preciso buscar alternativas para conformar a adoção da teoria à segurança processual, dada importância desta em nosso ordenamento jurídico, consoante se demonstrará no próximo capítulo.

### 3. NECESSIDADE DE UM ÚNICO ÓRGÃO RESPONSÁVEL PELA INTERPRETAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, PARA FINS DE APLICAÇÃO DA TESE 988 FIXADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme exposto no capítulo anterior, ao adotar a teoria da taxatividade mitigada do rol de cabimento do Agravo de Instrumento, o Superior Tribunal de Justiça trouxe insegurança jurídica, na medida em que não foram fixados parâmetros objetivos de cabimento, mas tão

---

<sup>23</sup>Ibid.



somente conceitos jurídicos indeterminados e dependentes da análise de cada caso concreto pelo julgador.

Como bem apontado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura<sup>24</sup>, em seu voto-vista, o critério da urgência traz consigo vários questionamentos, dentre eles:

como se fará a análise da urgência? Caberá a cada julgador fixar, de modo subjetivo, o que será urgência no caso concreto? Se for assim, qual a razão, então, de ser da atuação do STJ na fixação da tese, que em princípio, deve servir para todos os casos indistintamente? [...]

Porém, em que pese os impasses apresentados, com o fito de privilegiar a tese firmada pela Corte, bem como de dar maior segurança aos jurisdicionados, necessário se faz que um único órgão seja responsável por interpretar as hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento.

Diante da celeuma, indubitável que a própria Corte de Justiça deve se incumbir desse mister, uma vez que é o órgão constitucionalmente responsável pela uniformização da legislação federal.

O Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição Federal de 1988<sup>25</sup>, e passou a ter relevante papel em nosso ordenamento jurídico. Cite-se, a título de exemplo, a sua competência para homologar sentenças estrangeiras e conceder *exequatur* às cartas rogatórias, que antes eram atribuições do Supremo Tribunal Federal<sup>26</sup>.

Nessa perspectiva, a Corte de Justiça foi criada com o especial fim dar uniformidade à interpretação da legislação federal em todo o território brasileiro; razão pela qual dentre as suas competências, está a de julgar em recurso especial, as decisões em única ou última instância dos Tribunais Regionais Federais dos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios que de algum modo envolvam leis federais<sup>27</sup>.

Não se pode olvidar ainda que é em decorrência de seu papel de intérprete da legislação federal, que o Superior Tribunal de Justiça tem a atribuição de fixar teses em repetitivos, as quais deverão ser seguidas pelos tribunais e juízes inferiores<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup>Ibid.

<sup>25</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2020. Artigo 92, II, da CRFB/1988.

<sup>26</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2020. Artigo 114, I, “g”; e artigo 115, parágrafo único, “d”.

<sup>27</sup>BRASIL, op. cit., nota 25. Artigo 105, III, “a”, “b”, e “c”.

<sup>28</sup>BRASIL, op. cit., nota 1. Artigo 332, II; artigo 496, § 4º, II; artigo 521, IV; artigo 927, III; artigo 932, IV, “b, e V, “a”; artigo 955, II; artigo 1.030, I, “b”, II e III.





Nada obstante, deve a Corte velar para que as teses firmadas nos repetitivos possam trazer uniformidade ao ordenamento jurídico infraconstitucional, presando pela segurança jurídica<sup>29</sup>, uma vez que a jurisprudência dos tribunais deve ser estável, íntegra e coerente<sup>30</sup>.

Nesse sentido, Câmara<sup>31</sup> ensina que a jurisprudência é estável quando não há o abandono ou modificação arbitrários ou discricionários das decisões constantes e uniformes sobre determinado assunto; por sua vez ela é íntegra quando o tribunal leva em consideração tudo o que já foi decidido a respeito da matéria; e coerente quando há uma aplicação isonômica de princípios pelo tribunal, em casos semelhantes.

Para tanto, e considerando que não foram apontados critérios na tese, a Corte poderá se valer da edição de súmulas<sup>32</sup> ou de enunciados administrativos, com o objetivo de nortear os jurisdicionados a respeito de quais as hipóteses, que não estejam incluídas no rol do artigo 1.015 do CPC, são consideradas como urgente para fins de aplicação da tese fixada nos repetitivos objetos deste estudo.

Veja-se que o Superior Tribunal de Justiça já fez uso de enunciados administrativos para orientar os jurisdicionados quanto à vigência do atual Código de Processo Civil<sup>33</sup>, de modo a nortear justamente a interposição de recursos<sup>34</sup>. Por esse ângulo, discutiu-se requisitos de admissibilidade<sup>35</sup>, competência civil originária e recursal<sup>36</sup>, concessão de prazo para

---

<sup>29</sup>Ibid., artigo 927, § 4º.

<sup>30</sup>Ibid., artigo 926.

<sup>31</sup>CÂMARA, op. cit., p. 433 e 438.

<sup>32</sup>BRASIL, op. cit., nota 1. Artigo 926, § 1º; e BRASIL, op. cit., nota 16. Artigo 122.

<sup>33</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciados administrativos*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Enunciados-administrativos>>. Acesso em: 19 abr. 2020. Enunciado administrativo n. 1 – O Plenário do STJ, em sessão administrativa em que se interpretou o art. 1.045 do novo Código de Processo Civil, decidiu, por unanimidade, que o Código de Processo Civil aprovado pela Lei n. 13.105/2015, entrará em vigor no dia 18 de março de 2016.

<sup>34</sup>Ibid., Enunciado administrativo n. 2 – Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>35</sup>Ibid., Enunciado administrativo n. 2 - Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; e Enunciado administrativo n. 3- Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

<sup>36</sup>Ibid., Enunciado administrativo n. 4 - Nos feitos de competência civil originária e recursal do STJ, os atos processuais que vierem a ser praticados por julgadores, partes, Ministério Público, procuradores, serventuários e auxiliares da Justiça a partir de 18 de março de 2016, deverão observar os novos procedimentos trazidos pelo CPC/2015, sem prejuízo do disposto em legislação processual especial.

saneamento de vício ou complementação de documentos<sup>37</sup>, e arbitramento de honorários sucumbenciais recursais<sup>38</sup>.

Note-se que tais institutos visam dar maior segurança às partes e seus advogados, porquanto decisões pontuais do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial não serão suficientes para cumprir tal finalidade, tendo em vista que ora são julgados pela Terceira Turma, ora são julgados pela Quarta Turma<sup>39</sup>, as quais por vezes possuem entendimentos destoantes.

Desse modo, entende-se que o melhor caminho para aplicar a tese fixada pela Corte de Justiça quanto à taxatividade mitigada do rol de cabimento do Agravo de Instrumento à luz da segurança, é a sua interpretação exclusiva sobre as hipóteses de cabimento, por meio de mecanismos existentes no ordenamento jurídico, como as súmulas e os enunciados administrativos, sendo que estes já foram outrora utilizados pela Corte para finalidade semelhante.

## CONCLUSÃO

Como visto, o agravo de instrumento possui vultosa importância em nosso ordenamento jurídico, uma vez que é o recurso por meio do qual os jurisdicionados podem impugnar as decisões interlocutórias das quais seja possível recorrer de imediato.

Em razão disso, a presente pesquisa abordou a aplicação da teoria da taxatividade mitigada do rol de cabimento do agravo de instrumento, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça na fixação da tese do tema repetitivo 988 no julgamento dos REsp nº 1.696.396/MT e REsp nº 1.704.520/MT, à luz do princípio da segurança jurídica.

Para tanto, constatou-se as controvérsias existentes a respeito da natureza do rol de cabimento do agravo de instrumento no código de processo civil de 2015, especialmente no que concerne à existência de três correntes doutrinárias que tratam da temática: (i) rol absolutamente

---

<sup>37</sup>Ibid., Enunciado administrativo n. 5 - Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016), não caberá a abertura de prazo prevista no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 3º, do novo CPC; e Enunciado administrativo n. 6 - Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), somente será concedido o prazo previsto no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 3º, do novo CPC para que a parte sane vício estritamente formal.

<sup>38</sup>Ibid., Enunciado administrativo n. 7 - Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

<sup>39</sup>BRASIL, op. cit., nota 16. Artigo 2º, § 4º, e artigo 9º, § 2.



taxativo, que deve ser interpretado restritivamente; (ii) rol taxativo que pode ser interpretado de forma extensiva ou analógica; e (iii) rol meramente exemplificativo.

Além disso, abordou-se as consequências que a adoção da teoria pode acarretar à segurança jurídica processual, notadamente em decorrência de conceitos jurídicos indeterminados contidos na tese fixada, como a “urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”, que depende da análise do caso concreto.

Desse modo, foi possível verificar que as partes podem se sentir inseguras quanto ao cabimento do agravo para além das hipóteses previstas no rol do artigo 1.015 do CPC, principalmente diante da preclusão ou não do direito de recorrer, o que pode gerar inclusive interposições desmedidas do recurso, contrárias a *mens legis*.

Por fim, considerando a insegurança causada pela adoção da teoria, bem como a necessidade de adequá-la ao ordenamento jurídico, dada a sua imperatividade, a pesquisa tentou demonstrar que, cabe ao Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de órgão responsável pela uniformização da legislação federal, editar súmulas ou enunciados com a finalidade guiar os jurisdicionados a respeito de quais hipóteses que não estejam incluídas no rol do artigo 1.015 do CPC, serão consideradas como urgente para fins de aplicação da tese fixada nos repetitivos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 18 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciados administrativos*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Enunciados-administrativos>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *REsp nº 1696396*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201702262874&dt\\_publicacao=19/12/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702262874&dt_publicacao=19/12/2018)>. Acesso em 25 out. 2019.



\_\_\_\_\_. *REsp* n° 1704520. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201702719246&dt\\_publicacao=19/12/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702719246&dt_publicacao=19/12/2018)>. Acesso em 25 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Tema Repetitivo 988*. 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=1696396](http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1696396)>. Acesso em: 25 out. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil*: anotado. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade: o direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n° 263, p. 193-203, jan. 2017.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo*: da rigidez à flexibilização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.



## AS (IM)POSSÍVEIS LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO: UMA NECESSÁRIA RELEITURA CONTEMPORÂNEA DE UM CONCEITO OITOCENTISTA

Renata Sabbatino Fernandes Santos

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

**Resumo** – o Poder Constituinte Originário sempre foi apresentado como sendo ilimitado, incondicional e inicial. Essa ideia é atribuída a Sieyès e surgiu para se contrapor ao Estado Absolutista, que conferia amplos poderes aos governantes. Contudo, mais de duzentos anos se passaram. A sociedade, a cultura, o sistema econômico e os avanços tecnológicos transformaram profundamente o estudo jurídico e, principalmente, o Direito Constitucional. A essência deste trabalho visa analisar a adequação do conceito clássico de Poder Constituinte Originário as demandas da sociedade pós-moderna e as novas tendências sobre o tema.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Teoria Geral do Estado. Poder Constituinte Originário.

**Sumário** – Introdução. 1. Discussões acerca da necessária atualização do conceito clássico de Poder Constituinte Originário. 2. A doutrina contemporânea e os limites imanentes, transcendentais e heterônomos: uma tendência? 3. Da (im)possibilidade de imposição de limites ao Poder Constituinte Originário em decorrência dos Tratados Internacionais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de limitação material do poder constituinte originário atualmente dentro de um contexto de globalização e grande importância dos Direitos Humanos e dos Tratados Internacionais que o Estado brasileiro se encontra vinculado. Procura-se demonstrar que o conceito de poder constituinte originário tal qual a doutrina majoritária adota está, em certa medida, defasado.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e de direito comparado a respeito do tema de modo a conseguir discutir a necessidade de um novo conceito que esteja mais adequado às novas tendências contemporâneas e ocidentais.

A teoria constitucional tem definido o poder constituinte originário como, dentre outras características, absolutamente ilimitado. No entanto, as doutrinas constitucionais contemporâneas, bem como a própria Constituição Federal buscam fortalecer a concepção de Estado Democrático de Direito por meio dos Direitos Humanos e das garantias individuais de modo a consagrar a justiça social em parâmetro mundial.

Desta feita, seria plausível defender, ainda, o Poder Constituinte originário como completamente dissociado de valores relacionados aos Direitos Humanos? Dentro de um sistema jurídico pós-positivista, aceitar que o poder constituinte originário tem o condão de inaugurar qualquer sociedade é, atualmente, adequado?

O tema é controvertido em doutrina e não tem a devida atenção da Academia, uma vez que a instauração de uma nova ordem social não é algo tão frequente.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de poder constituinte originário clássico e o adotado majoritariamente pela doutrina constitucional brasileira. Posteriormente, faz-se necessário compreender como esse conceito foi alterado nos ordenamentos jurídicos estrangeiros ao longo dos anos, principalmente depois do advento do pós-positivismo. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade de limitações materiais previamente estabelecidas como uma alternativa viável para evitar o arbítrio e preservar os ditames de uma justiça social construída em escala mundial por meio do respeito aos Direitos Humanos.

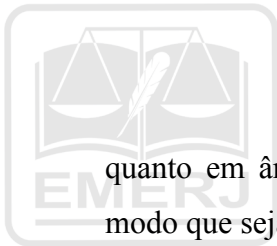
Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o conceito clássico de poder constituinte originário, bem como questionando se é necessária uma nova abordagem sobre o assunto.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, se é possível encontrar na doutrina a discussão acerca de possíveis limites materiais a uma nova ordem jurídica, com o objetivo de criar uma consciência jurídica coletiva que respeite valores supranacionais como a Dignidade da Pessoa Humana.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de estabelecer limites materiais ao Poder Constituinte Originário, de modo que este se torne mais adequado ao sistema jurídico pós-positivista, ao mundo globalizado e ao nível de progresso e concretização de direitos e garantias fundamentais atingidos pela humanidade ocidental.

Para tanto, foi necessário refletir se se mostra razoável que, sob o manto de um conceito obsoleto, seja admitido o desfazimento de conquistas históricas de Direitos Humanos e garantias fundamentais.

A pesquisa é desenvolvida pelo método bibliográfico, com dados históricos, de direito comparado e documental, os quais acredita serem viáveis e adequados para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-los ou rejeitá-los argumentativamente. Considera-se própria da natureza do trabalho a pesquisa bibliográfica e esta foi realizada através da análise de obras dos mais relevantes autores que escrevem sobre o tema, tanto em âmbito nacional



quanto em âmbito internacional. Busca-se detalhar um cenário amplo sobre o assunto, de modo que seja estabelecida uma análise contemporânea do objeto.

Assim, a abordagem do tema desta pesquisa jurídica será necessariamente bibliográfica e conceitual, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (principalmente doutrina) – para sustentar a sua tese.

## 1. DICUSSÕES ACERCA DA NECESSÁRIA ATUALIZAÇÃO DO CONCEITO CLÁSSICO DE PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

A noção de poder constituinte está intrinsecamente ligada ao conceito de uma constituição escrita, visto que a concepção de positivação de normas traz, em si, a necessidade de que determinada força motriz as tenha positivado.

A história constitucional moderna apresenta o poder constituinte originário como aquele que instaura nova ordem constitucional a partir da elaboração de uma nova constituição. E, a partir do poder constituinte originário, emanam os assim chamados poderes constituídos, uma vez que as manifestações destes poderes encontram fundamento de validade no poder constituinte originário e são, por este último, instituídos, regulados e limitados.<sup>1</sup>

O poder constituinte é um aspecto presente em todas as sociedades politicamente organizadas, todavia a sua conceituação teórica está relacionada ao pensamento iluminista do final do século XVIII, mais especificamente pelo Abade Emmanuel Sieyès.<sup>2</sup>

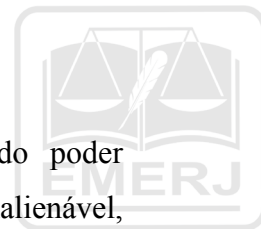
Em contraposição ao poder constituído, o poder constituinte originário também apresenta as suas próprias características. Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>3</sup> afirma que:

dizem os autores que se trata de um poder que tem na insubordinação a qualquer outro a sua própria natureza; dele se diz ser absolutamente livre, capaz de se expressar pela forma que melhor lhe convier, um poder que se funda sobre si mesmo, onímodo e incontrolável, justamente por ser anterior a toda norma e que abarca todos os demais poderes; um poder permanente e inalienável; um poder que depende apenas de sua eficácia.

<sup>1</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.102.

<sup>2</sup>Ibidem, p. 103.

<sup>3</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 102.



Desta feita, podem-se estabelecer, no mínimo, quatro características do poder constituinte originário. Segundo a doutrina clássica supracitada, ele seria inicial, inalienável, incondicionado e ilimitado.

A primeira característica chamada inicialidade tem relação direta com o adjetivo originário e presente em seu próprio conceito. Nesta perspectiva, este poder constituinte rompe com a ordem anterior e inaugura uma nova ordem jurídica estatal. Muito embora as novas constituições, muitas vezes, absorvam as estruturas anteriores, estas revelam um aspecto fundacional.<sup>4</sup>

No que diz respeito à segunda característica, pode-se afirmar que está relacionada com a impossibilidade de alienação. Em outras palavras, o titular do poder constituinte – que é tema de grandes controvérsias, mas, em geral, se aceita que é o povo de um estado soberano – não exaure o seu exercício com a promulgação de uma nova constituição. Sendo o poder constituinte originário um poder permanente e inalienável, este não desaparece com a entrada em vigor da constituição. Mantém-se, efetivamente, em estado de latência.<sup>5</sup>

Com relação a sua característica vinculada à forma de manifestação, tem-se que o poder constituinte originário não está submetido a nenhuma regra de forma ou de conteúdo. Isto é, a incondicionalidade pressupõe que a sua manifestação seja livre.

A última característica é a mais controversa e é o ponto central da discussão do presente trabalho. Está relacionada à liberdade do poder constituinte originário com relação a imposições da ordem jurídica. Autores clássicos, dentre os quais pode-se citar Gilmar Ferreira Mendes<sup>6</sup>, afirmam que o poder constituinte originário “não se inclui em nenhuma ordem jurídica e, portanto, não será objeto de nenhuma ordem jurídica. O Direito anterior não o alcança nem limita a sua atividade. Pode decidir o que quiser”.

A característica da ilimitação, em suma, consubstancia a ideia de que o poder constituinte tudo pode e não se encontra submetido a nenhuma forma de controle jurídico, de sorte que ele não estaria vinculado a nenhuma estrutura de comando preexistente.

Registra-se que o entendimento uníssono da doutrina majoritária aceita a imposição de limitações fora do âmbito jurídico, de modo que o poder constituinte originário não pode se esquivar de adotar parâmetros éticos, religiosos, culturais que são sustentáculo da sociedade em que se manifesta.

---

<sup>4</sup>MENDES, op. cit., p. 106.

<sup>5</sup>Ibidem.

<sup>6</sup>Ibidem, p. 102.





Contudo, há controvérsia em doutrina sobre o tema no que tange a essas limitações jurídicas. Em âmbito internacional, pode-se mencionar como um dos mais proeminentes autores sobre o tema o português Jorge Miranda. Em âmbito nacional, Ingo Sarlet, Flávia Piovesan, Celso Albuquerque de Mello e Luís Roberto Barroso apresentam, este primeiro de forma menos contundente, entendimentos de que o poder constituinte originário não seria, de todo, absoluto.

O referido autor português evidencia a existência de duas perspectivas do poder constituinte originário: uma material e outra formal. O poder constituinte material seria anterior ao poder constituinte formal. Este precederia logicamente o poder constituinte formal, pois traria consigo o valor que comanda a norma, o conceito de Direito e de Justiça. Desta feita, Jorge Miranda<sup>7</sup> afirma que:

o poder constituinte material precede o poder constituinte formal. Precede-o logicamente, porque a ideia de Direito precede a regra do Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre factos, a legitimidade a legalidade. E precede-o historicamente, porque (sem considerar, mesmo, a constituição institucional de antes do constitucionalismo), há quase sempre dois tempos no processo constituinte, o do triunfo de certa ideia de Direito ou do nascimento de certo regime e o da formalização dessa ideia ou desse regime;

Portanto, entende-se como poder constituinte material uma nova ideia de Direito, e que, ao fim e ao cabo, culmina com a decretação de uma nova Constituição formal. Esta última, é o resultado da Constituição material e podem se manifestar em conjunto ou em lapsos temporais distintos.

Para o referido autor<sup>8</sup>, o poder constituinte não equivale a um poder soberano e absoluto. Ou seja, ele não tem a capacidade de emprestar qualquer tipo de conteúdo à Constituição e isto ganha especial relevo quando da concretização da Constituição formal como “específico estatuto fundamental do Estado”.

Desse modo, Jorge Miranda estabelece três categorias de limites materiais ao poder constituinte: limites transcendentais, imanentes e heterônomos. Os referidos limites serão analisados de forma pormenorizada em capítulo oportuno.

No contexto da doutrina nacional, Ingo Sarlet<sup>9</sup>, de forma mais tímida, afirma ser possível falar de condicionamentos de caráter pré-constituinte e pós-constituinte. Contudo, estas limitações estão relacionadas com a ideia de Constituição formal de Jorge Miranda. Ou

<sup>7</sup>MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 216.

<sup>8</sup>Ibidem, p. 235.

<sup>9</sup>SARLET, op. cit., p. 119-120.



seja, aquela efetivamente positivada. Neste sentido, somente poderiam ser observados limites no processo de positivação da Constituição material.

Em contraposição, a renomada jurista Flávia Piovesan<sup>10</sup> tem entendimento mais assertivo quanto à possibilidade de limitações materiais ao poder constituinte originário. Para ela, o poder constituinte dos estados e, portanto, de suas Constituições nacionais, está cada vez mais vinculado a aos princípios e regras do direito internacional. Para Piovesan:

é como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno. Nesse raciocínio, a abertura à normação internacional passa a ser elemento caracterizador da ordem constitucional contemporânea.

Desse modo, a referida autora entende ser possível a limitação material do poder constituinte originário por meio de tratados e normas internacionais, visto que a criação de Constituições não é um acontecimento isolado, principalmente, em uma sociedade globalizada e vinculada pelo Direito Internacional. Portanto, pode-se inferir que para Piovesan, a atualização do conceito de poder constituinte originário perpassa, necessariamente, pela apropriação de normas, valores e tratados internacionais.

Outro autor que adota a concepção de que há limitações materiais ao poder constituinte originário é Celso Albuquerque de Mello<sup>11</sup>. Segundo este autor, as normas internacionais em temas de direitos humanos não podem ser revogadas por normas nacionais e nem mesmo por normas constitucionais. Os tratados internacionais que versem sobre direito humanos, independentemente da sua forma de incorporação no ordenamento jurídico brasileiro, são dotados de hierarquia supraconstitucional e, portanto, seriam um dos limitadores do poder constituinte originário.

Por fim, Luís Roberto Barroso defende que o exercício do poder constituinte originário pode apresentar possíveis limitações materiais. Apesar de reconhecer que o poder constituinte é um fato essencialmente político, não exclui e nem minora as influências

---

<sup>10</sup>PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 114-115.

<sup>11</sup>MELLO, Celso Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.



advindas das circunstâncias históricas, políticas e jurídicas. Sobre o assunto, Barroso<sup>12</sup> afirma que:

não se trata, porém, de um poder ilimitado ou incondicionado. Pelo contrário, seu exercício e sua obra são pautados tanto pela realidade fática como pelo Direito, âmbito no qual a dogmática pós-positivista situa os valores civilizatórios, os direitos humanos e a justiça. Contemporaneamente, é a observância de critérios básicos de justiça que diferencia o direito do “não direito”.

Portanto, o conceito de poder constituinte originário adotado costumeiramente não se mostra adequado à sociedade pós-positivista e carece, urgentemente, de uma nova conceituação que permita o reconhecimento de limites materiais a instauração de um novo ordenamento jurídico.

## 2. A DOCTRINA CONTEMPORÂNEA E OS LIMITES IMANENTES, TRANSCENDENTES E HETERÔNOMOS: UMA TENDÊNCIA?

A visão positivista de que o Poder Constituinte Originário tem total liberdade para definir o seu conteúdo, como visto anteriormente, está ultrapassada e, portanto, algumas limitações deverão ser observadas quando da instauração de uma nova ordem jurídica<sup>13</sup>. Diversos autores se ocupam de estabelecer o quê e quais seriam estas possíveis limitações e, um dos principais, doutrinadores que aborda o assunto é Jorge Miranda<sup>14</sup> que admite a existência de, pelo menos:

três categorias de limites materiais do poder constituinte: limites transcendentais, imanentes e, em certos casos, heterônomos. Os primeiros dirigem-se ao poder constituinte material e, por virtude deste, ao poder constituinte formal; os segundos são específicos do poder constituinte formal; os últimos adstringem tanto um como outro.

A primeira limitação que o autor aborda são os limites transcendentais. Estes limites dizem respeito a valores que podem ser considerados acima do direito. São imperativos derivados do direito natural, mas, também, perpassam este conceito. Abrangem os valores

<sup>12</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 145.

<sup>13</sup>NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 74.

<sup>14</sup>MIRANDA, op. cit., p. 376.

éticos superiores e a consciência jurídica coletiva sempre tangenciando a ideia de que determinados valores civilizatórios não admitem a sua supressão.

No que concerne aos valores éticos superiores, estes podem ser definidos como valores que são construídos através do tempo, em lapsos geracionais e presentes em determinada cultura ou sociedade. Pode-se citar, como exemplo, a noção de liberdade tanto no que se refere ao aspecto formal, quanto ao material.

Já a consciência jurídica coletiva está relacionada a consensos sociais profundos ou diretamente ligados à dignidade da pessoa humana. Se, por um lado o valor ético superior é a igualdade, por exemplo, a consciência jurídica coletiva prevê a impossibilidade de um ser humano possuir, como propriedade, outro ser humano.

A ideia de limites transcendentais está intrinsecamente ligada ao princípio da proibição do retrocesso social. Este princípio proíbe a injustificada redução do grau de concretização alcançado por determinado direito fundamental. Muito embora a aplicação prática deste princípio seja, doutrinariamente, controversa, certo é que não se discute a sua existência e a sua aplicabilidade no direito brasileiro.

Além disso, a sua vinculação ao Poder Constituinte Originário visa, justamente, garantir que marcos civilizatórios importantes não sejam desconstituídos por majorias ocasionais. Sobre o assunto Marcelo Novelino<sup>15</sup> afirma que:

No tocante à natureza e ao âmbito de incidência, o princípio costuma ser invocado tanto como limite extrajurídico oponível ao Poder Constituinte originário, quanto como limite jurídico imposto aos poderes públicos encarregados da concretização dos direitos fundamentais de caráter prestacional. Nesse sentido, teria por finalidade impedir a extinção ou redução injustificada de medidas legislativas ou de políticas públicas adotadas para conferir efetividade às normas jusfundamentais.

O segundo limite abordado é o limite imanente. Este limite refere-se a aspectos como soberania ou a forma do Estado, enquanto poder estabelecido. Esta categoria de limitação veda normas que impedem ou modificam de forma intrínseca a noção de soberania do Estado, sua forma ou configuração política.

Este limite se origina da noção e do sentido do poder constituinte formal, uma vez que está relacionado intrinsecamente com os limites ligados à configuração do Estado. Conforme Jorge Miranda<sup>16</sup>,

<sup>15</sup>NOVELINO, op. cit., p. 518-519.

<sup>16</sup>MIRANDA, op. cit., p. 377.



não se concebe, num Estado soberano e que pretenda continuar a sê-lo, que ele venha a ficar despojado da soberania (v.g., aceitando a anexação a outro Estado); num Estado federal e que pretenda continuar a sê-lo, que ele passe a Estado Unitário, ou reciprocamente (em certos casos); e num Estado em que prevalece certa legitimidade ou certa ideia de Direito, num determinado momento (v.g., a legitimidade democrática) que se venha a estabelecer uma organização política de harmonia com uma legitimidade ou uma ideia de Direito contrária.

Por sua vez, o terceiro e último limite é chamado de limite heterônimo. Este limite estabelece a possibilidade de, eventualmente, ocorrer restrição a concepção de que o Poder Constituinte originário é ilimitado em decorrência da conjugação com outros ordenamentos jurídicos, inclusive, por normas de direito internacional.

Portanto, a nova Constituição de um novo Estado deverá respeitar os acordos e Tratados Internacionais aos quais o ordenamento jurídico anterior se vinculou. Isso porque, muito embora haja certo grau de liberdade na realização de uma nova Constituição, a globalização e os direitos humanos restringem, sob determinada perspectiva, a soberania do Poder Constituinte. Para Novelino<sup>17</sup>, por exemplo:

seria vedado às futuras constituições brasileiras consagrar a pena de morte para além dos casos de guerra externa (CF, art. 5.º, XLVII, “a”), ante o disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos que, promulgada pelo Decreto nº 678, dispõe em seu artigo 4.º, §3.º: “Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido”. Tal vedação encontra fundamento na proibição de retrocesso.

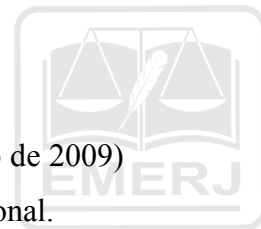
A doutrina divide, ainda, os limites heterônimos em três subespécies. Portanto, existiriam os limites heterônimos de Direito internacional com caráter geral, os limites heterônimos de Direito internacional com caráter especial e os limites heterônimos de Direito interno.

Os primeiros estão relacionados com as normas *jus cogens* e estas, por sua vez, e podem ser consideradas as normas estruturantes da comunidade internacional. Essas normas se sobrepõem à Constituição dos Estados enquanto membros da comunidade internacional.

Portanto, este conceito está intrinsecamente ligado à ideia de que existem normas consideradas peremptórias, ou seja, imperativas do direito internacional e inderrogáveis pela vontade das partes. Os artigos 53º e 64º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

---

<sup>17</sup>NOVELINO, op. cit., p. 75.



(internalizado no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 7.030<sup>18</sup> de 14 de dezembro de 2009) fazem referência de que forma as normas *jus cogens* vigoram na sociedade internacional.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estabelece que qualquer norma ou tratado que não esteja em consonância com tais normas deverá ser considerado nulo, bem como caso sobrevenha uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

No que concerne aos limites de Direito internacional de caráter especial, a doutrina afirma existir limitações relacionadas a deveres assumidos, espontaneamente, entre um Estado soberano e outro Estado soberano ou, ainda, frente à comunidade internacional como um todo. Desta forma, caso determinado Estado tenha se comprometido em respeitar determinadas minorias, por exemplo, esta norma poderá ser considerada um limite de Direito internacional de caráter especial.

Segundo Jorge Miranda<sup>19</sup>:

É o que se verifica, por exemplo, com as garantias de direitos de minorias nacionais e linguísticas impostas a certos Estados por tratado de paz após a Primeira e a Segunda Guerra mundiais; com a obrigação de Áustria (pelo tratado de Saint-Germain de 1919) de se abster de qualquer acto que pudesse afectar a sua independência; com a proibição de restauração dos Habsburgos na Hungria, após 1918; com a obrigação da Finlândia de garantia dos direitos da população das ilhas da Alândia.

Quanto aos limites heterônomos de Direito interno são aqueles relacionados ao poder constituinte federal em detrimento do poder constituinte estadual. Este último deve respeitar a existência e assegurar a efetividade das normas e atos jurídicos estabelecidos em nível federal. Por outro lado, o poder central deverá garantir a participação estadual na confecção de suas normas para lhe assegurar legitimidade.

Deve-se mencionar, como exemplo, o comprometimento que a Constituição Federal assume com a proteção, preservação e amparo a povos de comunidades tradicionais como os Quilombolas. A responsabilidade com este grupo de minorias está positivada em âmbito federal e deve ser concretizado e respeitado na esfera estadual.

Como abordado no capítulo anterior, a doutrina brasileira ainda não concedeu a devida importância ao assunto, muito embora já admita a possibilidade de limitação ao Poder

<sup>18</sup>BRASIL. *Decreto nº 7.030*, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)> - Acessado em: 27 fev. 2020.

<sup>19</sup> MIRANDA, op. cit., p. 378.



Constituinte originário seguindo a tendência da doutrina internacional, mais especificamente, a doutrina europeia.

### 3. DA (IM)POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE LIMITES AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO EM DECORRÊNCIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS.

Diante de inúmeros limites expostos por diversos doutrinadores, como supramencionado, a possibilidade de imposição de limites ao Poder Constituinte Originário por meio de Tratados Internacionais é um dos limites mais relevantes para o direito brasileiro. Isso porque, a sistemática constitucional que funda o nosso Estado admite, empiricamente, a concepção da possibilidade desta limitação.

Certo é que nos Estados que se pretendem democráticos ou, que ao menos, tenham como finalidade a consolidação de uma democracia, o fundamento do poder e a justificativa para a existência de uma estrutura estatal baseia-se na emancipação humana, sobretudo, pela garantia de acesso a direitos universalmente garantidos aos seus cidadãos.

Com relação aos Tratados Internacionais, aqueles que versam sobre Direitos Humanos acabam tendo mais relevância por consagrarem conceitos juridicamente e socialmente imprescindíveis.

Normalmente tais Tratados versam sobre demandas sociais derivadas de momentos históricos que são, muitas vezes, decorrentes de importantes processos de lutas políticas e da constatação da importância da dignidade humana como forma de preservar os indivíduos do arbítrio estatal e, portanto, acabam por funcionar como marcos civilizatórios fundamentais para todo o processo humanitário.

Segundo Pérez Luño<sup>20</sup>:

*Ello implica cifrar la fundamentación de los derechos humanos en el despliegue multilateral y consciente de las necesidades humanas, que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica. Esas necesidades, en cuanto datos social e históricamente vinculados a la experiencia humana, poseen una objetividad y una universalidad que posibilitan su generalización, a través de la discusión racional y el consenso, y su*

<sup>20</sup>LUÑO apud SÁ, Ana Paula Barbosa de. *O poder constituinte originário e sua limitação material pelos tratados internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1351>>. Acesso em: 09 mar. de 2020. p. 18.

*concreción en postulados axiológico-materiales. El sistema de valores o preferencias conscientes básicos debe servir, en suma, para maximizar y optimizar la satisfacción de las necesidades e intereses de todos y cada uno de los miembros de la especie humana*

Infere-se, portanto, que os tratados que versam sobre Direitos Humanos surgem em decorrência de intrínsecas necessidades humanas e se desenvolvem a partir de uma marcha histórica mundial e, lentamente, consagram-se como valores inerentes a todos os seres humanos.

A partir desta perspectiva, a adoção de medidas que objetivem mitigar, suprimir ou relativizar os direitos humanos estar-se-ia diante de uma redução de valores ilegítima e que não pode influir na confecção de uma nova ordem jurídica, sob pena de condescender a um odioso retrocesso. Sobre o assunto Ana Paula Barbosa de Sá<sup>21</sup> afirma que:

E, sendo assim, no momento em que um Estado decide aderir a um determinado tratado internacional que verse sobre direitos humanos, comprometendo-se a adotar, em seu âmbito de jurisdição, certos valores de promoção da pessoa humana que vêm a ser agregados aos que eventualmente já eram reconhecidos pelo mesmo, estabelece ali um marco que não admitiria supressão, sob pena de um odioso retrocesso, o que se estende também para a hipótese de elaboração de uma nova Constituição, situação em que o poder constituinte originário restaria limitado por aqueles documentos internacionais.

Uma vez consolidado o entendimento de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos consagram, corriqueiramente, marcos civilizatórios importantes consagrados pela comunidade internacional, deve-se analisar a questão sob a perspectiva da ordem internacional.

A partir do momento em que um Estado, utilizando-se de sua soberania e independência nacional, subordina-se a um documento internacional que consagra direitos, a sua não observância pode, eventualmente, impor sanções por mecanismos internacionais.

Muito embora não seja estipulada nenhuma responsabilidade em âmbito interno, é possível que ocorra responsabilidade em âmbito internacional. Sobre o assunto Felipe Hilgenberg Almeida<sup>22</sup> afirma que:

---

<sup>21</sup> SÁ, Ana Paula Barbosa de. *O poder constituinte originário e sua limitação material pelos tratados internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1351>>. Acesso em: 09 mar. de 2020. p. 18.

<sup>22</sup> ALMEIDA, Felipe Hilgenberg. *A ruptura institucional e os direitos humanos como limites do poder constituinte originário*. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2017/pdf/FelipeHilgenbergAlmeida.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2017/pdf/FelipeHilgenbergAlmeida.pdf)>. Acesso em: 09 mar. 2020. p. 09-10.





Num cenário onde o Poder Constituinte Originário é ilimitado, podendo suprimir direitos humanos concedidos por tratados assinados pelo Brasil, a responsabilidade internacional do país, enquanto signatário, sobrevive. Nesse ponto, o direito internacional acaba não configurando limite propriamente dito à atuação do Poder Constituinte Originário, mas punição por sua utilização em desconformidade com os direitos humanos emanados pelos tratados assinados. Destarte, não deixa de ser uma forma de limitação.

Empiricamente, embora o Poder Constituinte Originário possa ser considerado ilimitado em âmbito interno, certo é que a aquiescência do Estado em determinado momento a um Tratado Internacional pode, eventualmente, ensejar responsabilizações diante da comunidade jurídica externa. O que, de certa forma, enseja uma limitação ao Poder Constituinte Originário.

Sem adentrar ao mérito da polêmica sobre a coercibilidade das sanções estipuladas em âmbito internacional por Organizações Internacionais e a sua efetividade em relação a um Estado soberano, certo é que existem determinadas sanções que podem ser aplicadas com força suficiente para concretizar condutas por parte de seus membros-partes.

No mais, a política interna de determinado membro participante de Tratados Internacionais não se mostra fundamento adequado e legítimo para o seu descumprimento, de modo que a possibilidade de deflagração de novo ordenamento jurídico dificilmente será levado em consideração quando da imposição de determinada sanção.

Deste modo, o não cumprimento do mandato estabelecido pelos princípios do direito internacional e pelas convenções ratificadas pelo Estado, implica infração à obrigação de agir de acordo com o Direito Internacional. De forma concreta significa uma limitação ao cumprimento das obrigações convencionais gerais que os Estados se obrigaram a cumprir. Especificamente, tais imposições podem, ocasionalmente, significar a possibilidade de limitações do Poder Constituinte Originário mediante fundamentos jurídicos.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito entre o conceito clássico de Poder Constituinte Originário e o entendimento contemporâneo sobre o tema que, muito embora continue utilizando a definição anterior desta manifestação constitucional, não a aceita em sua inteireza.

Apesar de originário, o poder constituinte está vinculado a um processo histórico-cultural, o qual ele deve respeitar sob pena de se ter uma Constituição ilegítima devido ao seu



conteúdo não ser consonante com a vontade do titular do poder constituinte. Para além disso, o Estado que institui uma nova Constituição encontra-se vinculado por diversos documentos internacionais e ao seu próprio processo civilizatório.

Originariamente entende-se o Poder Constituinte Originário como um poder inicial, incondicionado e, por fim, ilimitado, pois pode inserir, em tese, o que quiser na Constituição, tendo ampla liberdade para deliberar sobre qualquer assunto.

Na prática, no entanto, é possível pensar acerca de diversos limites que poderiam ser impostos ao Poder Constituinte Originário sem que isso violasse a autonomia do povo para inaugurar uma nova ordem jurídica. Estes limites não têm como objetivo imobilizar a participação popular e nem lhe retirar a capacidade de se autodeterminar, mas, sim, evitar que retrocessos sejam chancelados por maiorias eventuais.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que não há um Poder Constituinte Originário absoluto, ilimitado e onipotente. Em outras palavras, não é possível, no atual estágio civilizatório em que as nações e os povos se encontram, que haja o surgimento de um novo Estado desvinculado de importantes avanços visando garantir a Dignidade da Pessoa Humana, os direitos e garantias fundamentais os Tratados e Convenções Internacionais.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do segundo capítulo, abordou-se o entendimento do direito estrangeiro sobre o assunto. Esta pesquisa chegou ao entendimento de que é possível a adoção de limites ao Poder Constituinte Originário e, dentre os autores que escrevem sobre o assunto, destaca-se Jorge Miranda e os limites por ele estabelecidos: imanentes, heterônomos e transcendentais.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a limitação do Poder Constituinte Originário pode, eventualmente, ser considerado algo vago e sem normatividade. No entanto, ao consubstanciar as ideias do Direito Comparado com a sistemática atual pode-se afirmar que um dos principais limites a manifestação originária poderiam ser os Tratados Internacionais.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que é necessária a modificação conceitual do Poder Constituinte Originário para adequá-lo a uma nova realidade globalizada, em que a instauração de um novo ordenamento jurídico deve respeitar, sobretudo, os avanços progressistas e os marcos civilizatórios expostos, principalmente, nos Tratados e Convenções Internacionais.



## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Hilgenberg. *A ruptura institucional e os direitos humanos como limites do poder constituinte originário*. Disponível em: < [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2017/pdf/FelipeHilgenbergAlmeida.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2017/pdf/FelipeHilgenbergAlmeida.pdf)>. Acesso em: 09 mar. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.030*, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acessado em: 27 fev. 2020.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MELLO, Celso D. Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t.II, v. II. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

SÁ, Ana Paula Barbosa de. *O poder constituinte originário e sua limitação material pelos tratados internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1351>>. Acesso em: 09 mar. de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

## A UNIFICAÇÃO DOS EVENTOS OLÍMPICO E PARALÍMPICO SOB A ÓTICA DA CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Renato Augusto de Figueiredo Nunes

Graduado pela Faculdade de  
Direito da Unilasalle-RJ.

**Resumo** – a proposta é debater sobre a unificação dos eventos olímpico e paralímpico, tendo como parâmetro jurídico a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência que possui grande pertinência temática ao objeto de estudo. O objetivo é demonstrar sua viabilidade diante dos princípios e normas elencadas na referida Convenção, bem como elencar as vantagens que isso pode acarretar. Para tanto foram utilizados dados fornecidos pela ONU, pelos Comitês Olímpico e Paralímpico. Assim como depoimentos de atletas paralímpicos e praticantes de modalidades paralímpicas que corroboram na discussão do tema.

**Palavras-chave** – Direitos Humanos. Princípio da Igualdade. Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência.

**Sumário** – Introdução. 1. Posição dos atletas, organizadores e apoiadores sobre a unificação dos eventos. 2. Das vantagens da junção dos eventos olímpico e paralímpico. 3. Dos fundamentos jurídicos que coadunam a união dos eventos à luz da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de unificação dos eventos olímpicos e paralímpicos, os quais são dois eventos de imensa magnitude, sendo para muitas categorias o ápice esportivo, no qual diversos atletas almejam estar.

Tendo em vista que o objeto do trabalho é discutir a junção dos eventos, destaca-se que o tratamento diferenciado dado a Paralímpiada teve a sua importância histórica para a criação de modalidades e desenvolvimento das mesmas. Contudo, sua disputa não precisa mais ser separada do evento Olímpico.

Isso porque ocorreram diversos avanços tecnológicos, científicos e sociais desde a primeira disputa Paralímpica em 1960. Aliado a esses sessenta anos de anos de intensas mudanças, impende ressaltar que todos os participantes tanto da Olimpíada como da Paralímpiada são atletas. Razão pela qual merecem ter o mesmo tratamento.

Pautado na integração social das pessoas com deficiência, no princípio da igualdade e nos direitos humanos, buscou-se defender a compatibilização da disputa esportiva em apenas um evento. Sendo uma superação do atual modelo olímpico vigente.



Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a posição dos atletas, organizadores e apoiadores, os quais não são unânimes sobre a possibilidade de unificação dos eventos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo sobre os benefícios que a junção dos eventos olímpico e paralímpico podem acarretar aos participantes e a todos ao redor.

No terceiro capítulo utiliza-se a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência como parâmetro jurídico para analisar o cabimento da concentração dos eventos, pois o referido Tratado guarda grande pertinência temática com o objeto do presente artigo.

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 objetivo de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Portanto, a teorização e a reflexão serão utilizadas como instrumentos para melhor elucidação do objeto em estudo.

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

## 1.POSIÇÃO DOS ATLETAS, ORGANIZADORES E APOIADORES SOBRE A UNIFICAÇÃO DOS EVENTOS

A unificação das Olimpíadas e Paralimpíada é tema debatido tanto por atletas quanto por movimentos sociais, não sendo unânime a resposta. Os que são favoráveis argumentam que não há necessidade de jogos diferentes se já existem modalidades e categorias para tanto.

Nesse sentido, Andrei Bastos<sup>1</sup> jornalista cadeirante integrante do Fórum Nacional de Educação Inclusiva:

ora, se temos nos Jogos diferentes modalidades esportivas e diferentes categorias dentro de cada modalidade, por que não incluir no conjunto das competições as práticas esportivas das pessoas com deficiência como categorias das diversas modalidades? [...].

Ademais, outro argumento utilizado favorável a unificação é o espírito olímpico, no qual não se faz necessário duas cerimônias de abertura, duas chamas, duas cerimônias de

---

<sup>1</sup>BASTOS, André. *Alice no país da Paralimpíada*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/alice-no-pais-da-paralimpia-da-19952293#ixzz4IkSab7W1>>. Acesso em: 03 out. 2019.



encerramento, quando se tem apenas atletas disputando cada qual a sua modalidade de esporte em prol do seu país.

Tal situação teve repercussão na rede mundial de *internet* com direito a abaixo-assinado. Sendo movida por Consuelo Machado<sup>2</sup> que defende a junção dos eventos, como se percebe no seguinte trecho:

[...] os Jogos Olímpicos devem ser únicos e inclusivos, para todos. Provavelmente seria necessário uma ou duas semanas a mais, alternando dias e datas para as competições e alongando o evento, mas a intenção é de integrar os dois eventos, com competições de atletas com diferentes habilidades começando e terminando no mesmo dia, enquanto a única chama olímpica está acesa. Essa é a coisa certa a fazer! O espírito olímpico é sobre unir TODAS as pessoas para celebrar esporte e cultura. [...]

Além disso, outro fundamento relevante utilizado é o aspecto da Paralimpíada ser encarada como evento de segundo escalão, com preços quase irrisórios, pouca importância e pouco investimento. Nesse diapasão Lucas de Abreu Maia<sup>3</sup> jornalista deficiente visual expõe:

é esse o problema do paraesporte – a ideia de que exista qualquer coisa para deficientes. No caso da paraolimpíada, cria-se uma competição de segunda classe, com ingressos a preços ridículos, porque ninguém quer pagar caro para assistir um evento de segunda classe. A mensagem é uma só: os atletas são de segunda classe. [...]

Contudo, esse não é o pensamento compartilhado por todos. André Brasil<sup>4</sup> medalhista multicampeão paralímpico da natação discorda desse entendimento. No seu modo de ver, os Jogos Paralímpicos serem disputados após à Olimpíada não é necessariamente um indicativo que a competição seja de menor importância:

talvez as pessoas devam tirar um pouco essa conotação e preconceito de que a Paralimpíada vem depois e por isso seria de segundo plano. Eu penso diferente, não é uma coisa de segundo plano. São jogos que acontecem de quatro em quatro anos com tanta importância quanto a Olimpíada. [...].

Por sua vez, outros atletas como Ryan Raghoo<sup>5</sup> entendem que há uma distinção entre os eventos “tenho amigos paraolímpicos que são recordistas mundiais e medalhistas de ouro em todos os eventos e não são nomes conhecidos. O mesmo valor não é dado à mesma conquista.” (tradução livre). Diante dessa situação surgiram movimentos sociais como o Unifica Jogos<sup>6</sup>.

<sup>2</sup>MACHADO, Consuelo. *Integration between Olympic and Paralympic Games*. Disponível em: <<https://www.change.org/p/international-olympic-comitee-integration-between-olympic-and-paralympic-games>>. Acesso em: 03 out. 2019.

<sup>3</sup>ABREU, Lucas Maia. *Por que eu sou contra a Paralimpíada*. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/olhares-olimpicos/por-que-eu-sou-contr-a-paralimpiada/>>. Acesso em: 03 out. 2019.

<sup>4</sup>CRAIDE, Sabrina. *Movimento defende a realização simultânea de Olimpíada e Paralimpíada*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/rio-2016/noticia/2016-09/movimento-defende-realizacao-simultanea-de-olimpiada-e-paralimpiada>>. Acesso em: 03 out. 2019.

<sup>5</sup>HEILPERN Will. *Why the Olympics and Paralympics are still separate events*. Disponível em: <<https://www.businessinsider.com/why-the-olympics-and-paralympics-are-separate-events-2016-8>>. Acesso em: 03 out. 2019.

<sup>6</sup>FACEBOOK. *Unifica Jogos*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/UnifyGamesNow/>>. Acesso em: 03 out. 2019.



Esse movimento foi criado por Flávio Scavasin<sup>7</sup> que nasceu com deficiência física e trabalha em defesa dos direitos das pessoas com deficiência há mais de 20 anos. Sustenta que a união dos eventos seria um significativo avanço na inclusão das pessoas portadoras de deficiência:

seria um ganho para os dois lados: um ganho para a inclusão das pessoas com deficiência, para tirar do papel o que já existe de legislação internacional, e para as pessoas sem deficiência traria uma humanização muito maior, algo mais abrangente, mostrando que somos todos seres humanos, não há ser humano A e ser humano B. [...].

Nota-se que ao seu ver a divisão dos eventos caracteriza uma segregação indevida. Nesse sentido, é o pensamento de Geraldo Nogueira, advogado e presidente da Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência da OAB-RJ. O presidente da respectiva Comissão concedeu entrevista ao G1<sup>8</sup>, em que demonstrou o seu apoio ao movimento Unifica Jogos e deu seu parecer acerca do tema:

Exatamente para dar mais visibilidade aos atletas deficientes. Na Paralimpíada, o preço dos ingressos é inferior, o público é diferenciado e muitas empresas oferecem ingressos gratuitamente. Isso não vai de encontro ao conceito de inclusão", analisa.

Ao final da entrevista, o advogado continuou a questionar sobre a referida inclusão. Demonstrou insatisfação com a contradição exposta, pois como haveria inclusão com a disputa em jogos separados. Bem como, expôs alguns dos benefícios dessa concentração dos eventos, como a maior divulgação.

Por sua vez o Comitê Paralímpico Internacional (IPC), ao ser questionado sobre o tema, disse à Agência Brasil que está satisfeita com a realização dos eventos sendo efetuada separadamente. “Estamos felizes com o formato atual de seguir os Jogos Olímpicos, pois isso ajuda a resolver alguns problemas antes dos Jogos Paralímpicos”<sup>9</sup>. informou Craig Spence, diretor de comunicações do IPC - International Paralympic Committee.

Em outra oportunidade, quando questionado por outro veículo de informação a Business Insider<sup>10</sup>, o mesmo diretor de comunicação revelou que os dois Comitês Olímpico e Paralímpico são organizações diferentes, contudo possuem acordo de cooperação para que os jogos ocorram em dois momentos diferentes um em seguida do outro.

Nessa mesma entrevista Craig Spencer<sup>11</sup> (diretor de comunicação do Comitê

---

<sup>7</sup>CRAIDE, op. cit.

<sup>8</sup>TEIXEIRA Patricia. *'Conscientização é o maior legado paralímpico', diz membro da OAB-RJ*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/paralimpiadas/noticia/2016/09/conscientizacao-e-o-maior-legado-paralimpico-diz-membro-da-oab-rj.html>>. Acesso em: 03 out. 2019.

<sup>9</sup>CRAIDE, op. cit.

<sup>10</sup>HEILPERN, op. cit.

<sup>11</sup>HEILPERN, op. cit.

Paralímpico Internacional) revela que o problema para a efetivação dessa unificação seria de logística:

se combinarmos os dois, teríamos 15.000 atletas. Precisaríamos de uma vila de atletas muito maior. Logisticamente, o evento levaria provavelmente cinco semanas para ser concluído e simplesmente não faz sentido logístico reunir os dois. [...]. - tradução livre.

Apesar dessa declaração prestada pelo diretor de comunicação, o presidente do próprio Comitê Paralímpico, Phillip Craven, em 2012, não descartou a ideia da junção dos eventos. “É realmente um problema logístico no momento, mas não sou contrário à ideia, em princípio, de [as Olimpíadas e as Paraolimpíadas] se unirem em algum momento”.

De todo modo, a eventual, concentração dos eventos só poderá ocorrer depois de 2032<sup>12</sup>. Isso porque existem dois comitês distintos, a International Olympic Committee e a International Paralympic Committee, que cuidam respectivamente da Olimpíada e Paralimpíada. Essas duas organizações celebraram um acordo para que as competições continuem sendo disputadas nesses moldes até o ano de 2032.

## 2. DAS VANTAGENS DA JUNÇÃO DOS EVENTOS OLÍMPICO E PARALÍMPICO

Embora o diretor de comunicação do Comitê Paralímpico alegue que o principal problema seria a construção de vilas maiores, na qual seriam alocados 15.000 atletas na cidade sede. Fato é que já na Olimpíada de Pequim em 2008 a capacidade das vilas olímpicas tem sido para 16.000 atletas, dado esse que se extrai do próprio documento entregue pelo país sede, anexado ao site oficial dos jogos olímpicos<sup>13</sup>. Na referida competição, apesar da capacidade, participaram efetivamente 10.942<sup>14</sup> atletas e 3.951<sup>15</sup> atletas paralímpicos. Isso demonstra que a vila olímpica a época já possuía capacidade suficiente para suportar o número de atletas simultaneamente.

Por sua vez na Olimpíada seguinte, Londres 2012, a vila olímpica também foi

<sup>12</sup>OLYMPIC, Organization. *IOC and IPC to partner until 2032*. Disponível em: <<http://www.olympic.org/news/IOC-and-ipc-to-partner-until-2032>>. Acesso: 17 abr. 2020.

<sup>13</sup>OLYMPIC, Organization. *Part II: Candidature File*. Disponível em: <[https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Documents/Host-City-Elections/XXIX-Olympiad-2008/Manual-for-Candidate-Cities-Part-2-for-the-Games-of-the-XXIX-Olympiad-2008.pdf#\\_ga=2.252606346.2014002102.1587075915-1493825443.1587075915](https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Documents/Host-City-Elections/XXIX-Olympiad-2008/Manual-for-Candidate-Cities-Part-2-for-the-Games-of-the-XXIX-Olympiad-2008.pdf#_ga=2.252606346.2014002102.1587075915-1493825443.1587075915)>. p.56. Acesso em: 18 abr. 2020.

<sup>14</sup>OLYMPIC, Organization. *Beijin 2008 Olympic Games*. Disponível em: <<https://www.olympic.org/beijing-2008>>. Acesso em: 17 abr.2020.

<sup>15</sup>Paralympic, Organization. *Beijin 2008 Paralympic Games*. Disponível em: <<https://www.paralympic.org/beijing-2008>>. Acesso em: 17 abr. 2020.





construída com capacidade para 16.000<sup>16</sup> atletas. Nessa ocasião compareceram 10.568<sup>17</sup> atletas e 4.237<sup>18</sup> atletas paralímpicos. Esses dados, novamente, revelam que o contingente de atletas também seria suportado pela vila olímpica.

Assim como, na Olimpíada Rio-2016, reforçando os dados acima, foi construída uma vila olímpica com capacidade para 17.950<sup>19</sup> atletas. Tendo comparecido 11.238<sup>20</sup> atletas e 4.328<sup>21</sup> atletas paralímpicos.

No que tange à Olimpíada de Tokyo que seria disputado em 2020, foi construído, pelo governo local, uma vila olímpica com capacidade também para 16.000<sup>22</sup> atletas. Contudo, diante da sua não ocorrência em virtude da pandemia do corona vírus não se fez possível apresentar o número total de atletas que compareceriam ao evento.

Apesar dessa ausência de dados acerca de quantos efetivamente participarão, haverá nessa Olimpíada um local com capacidade para receber 16.000 pessoas. Desse modo, fica patente a falta de suporte fático para argumentação de dificuldade para criação da vila olímpica.

Desde 2008, ano em que os dados dos países sede são fornecidos individualmente no site da organização, todas as vilas olímpicas foram projetadas para 16.000 atletas.

Por outro lado, não se nega que podem surgir problemas quanto ao transporte e eventualmente quanto aos contratos televisivos, mas nenhum deles foi elencado como sendo o problema principal. O que espanta é a argumentação desconexa com a realidade. Os problemas acima citados, na medida do possível, podem ser resolvidos desde que haja interesse dos Comitês. Interesse esse que de fato é o principal problema.

Em todas as Olimpíadas, os países sede sofreram e sofrem com a mobilidade urbana, no entanto fazem planejamento para diminuir as consequências disso. Tendo em vista que esse fato é intrínseco ao evento. Quanto a isso cabe indagar se o fator logístico é um justo motivo

---

<sup>16</sup>IOC. *Candidature Acceptance Procedure Games of the XXX Olympiad 2012*. Disponível em: <[https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Documents/Host-City-Elections/XXX-Olympiad2012/Candidature-Acceptance-Procedure-for-the-Games-of-the-XXX-Olympiad-2012.pdf#\\_ga=2.262501007.2014002102.1587075915-1493825443.1587075915](https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Documents/Host-City-Elections/XXX-Olympiad2012/Candidature-Acceptance-Procedure-for-the-Games-of-the-XXX-Olympiad-2012.pdf#_ga=2.262501007.2014002102.1587075915-1493825443.1587075915)>. p.37. Acesso em: 17 abr. 2020.

<sup>17</sup>OLYMPIC, Organization. *London 2012*. Disponível em: <<https://www.olympic.org/london-2012>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

<sup>18</sup>PARALYMPIC, Organization. *London 2012 Paralympic Games*. Disponível em: <<https://www.paralympic.org/london-2012>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

<sup>19</sup>REDE ESPORTE. *Vila Olímpica Onde as estrelas se encontram*. Disponível em: <<http://rededoesporte.gov.br/pt-br/megaeventos/olimpiadas/instalacoes/vila-olimpica>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

<sup>20</sup>OLYMPIC, Organization. *Rio 2016*. Disponível em: <<https://www.olympic.org/rio-2016>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

<sup>21</sup>PARALYMPIC, Organization. *Rio 2016 Paralympic Games*. Disponível em: <<https://www.paralympic.org/rio-2016>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

<sup>22</sup>OLYMPIC, Organization. *Host City Contract Operation Requirements*. Disponível em: <[https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Games/Summer-Games/Games-Tokyo-2020-Olympic-Games/Host-City-Contract-Operational-Requirements-version-December-2016.pdf#\\_ga=2.25195326.2014002102.1587075915-1493825443.1587075915](https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Games/Summer-Games/Games-Tokyo-2020-Olympic-Games/Host-City-Contract-Operational-Requirements-version-December-2016.pdf#_ga=2.25195326.2014002102.1587075915-1493825443.1587075915)>. p.90. Acesso em: 19 abr. 2020.

para que seja feita tamanha segregação.

No que concerne aos contratos televisivos, esses têm pouco ou quase nenhum interesse em transmitir a Paralímpiada, por conta da baixa lucratividade. Eventual junção dos eventos acarretaria por óbvio aumento dos dias de competição, o que poderia ser um atrativo econômico para as emissoras.

Apesar de existir o fator econômico é preciso destacar que por vezes, o mesmo pode ser ponderado diante de ações afirmativas. A concentração dos eventos dará uma maior visibilidade para os atletas paralímpicos, o que pode acarretar em incentivos e patrocínios aos atletas, seja da área privada para melhor divulgação de uma marca/produto ou governamental para melhor representar o seu país.

Ademais, essa visibilidade pode gerar também a profissionalização dentro das modalidades esportivas paralímpicas, bem como trazer novos adeptos. Nesse tocante, ressalta-se tese de doutorado<sup>23</sup> junto a Fundação Oswaldo Cruz. A pesquisa científica revelou a importância da prática esportiva no desenvolvimento da autonomia pelo portador de deficiência. Um dos participantes desse estudo assim depõe:

Quanto a Bocha Paraolímpica devo relatar que pelo pouco tempo que pratiquei foi a melhor experiência de vida no sentido de valorizar os poucos movimentos que possuo, quanto a parte física não tenho nada a acrescentar por ser um esporte sem explosão creio que sua pratica não acarreta qualquer comprometimento físico ao atleta.

Ainda sobre esse trabalho acadêmico, o autor da tese conclui:

[...]Neste sentido, a prática esportiva vem contribuir para alcançar a máxima qualidade de vida dos participantes e o maior grau possível de autonomia pessoal e de participação social, respeitando seus estilos de vida e suas preferências.[...]

O depoimento em conjunto com a conclusão da tese expõe de forma clara a capacidade que o esporte tem em gerar maior integração social. Além disso, o autor ainda reforça a necessidade de se fazer investimento na capacitação dos indivíduos portadores de deficiência.

Esse apontamento, aliado aos dados da ONU<sup>24</sup>, demonstra que apesar dos avanços feitos por meio de tratados de direitos humanos voltado aos deficientes, ainda subsistem várias lacunas que precisam ser preenchidas, principalmente porque o número de pessoas portadoras de deficiência abaixo da linha da pobreza é elevadíssimo.

Pesquisa feita pela Organização, entre 2011 e 2016, comprova que em países como

---

<sup>23</sup>CAMPEÃO, Marcia da Silva. *O esporte paraolímpico como instrumento para a moralidade das práticas em saúde pública envolvendo pessoas com deficiência - uma abordagem a partir da bioética da proteção*. 165 f. Tese de Doutorado - Fundação Oswaldo Cruz, 2011.

<sup>24</sup>ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Realization of the Sustainable development goals by, for and with persons with disabilities*. Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2018/12/UN-Flagship-Report-Disability.pdf>>. p.57. Acesso em: 19 abr. 2020.



China, Estados Unidos, Coreia do Sul, Mongólia e Geórgia as pessoas com deficiência estão em piores condições do que as pessoas sem deficiência.

Para melhor elucidar a pesquisa, tem-se que 29% da população americana portadora de deficiência vive abaixo da linha da pobreza nacional, enquanto as pessoas sem deficiência representam apenas 11%. Já na Coreia do Sul os dados são mais alarmantes, sendo de 35% o número de pessoas com deficiência abaixo da linha da pobreza ao passo que as pessoas sem nenhum tipo de deficiência representam 13%.

Isso evidencia a imperiosa necessidade de realização de ações afirmativas de caráter mundial, assim como o presente trabalho busca sustentar. A junção dos eventos olímpicos e paralímpicos não será a única forma para combater os problemas mundiais que ainda assolam os portadores de deficiência, no entanto, ainda sim seria uma das formas de avançar positivamente em face desses óbices.

Outro fator que deve ser considerado é a que a junção dos eventos seria também uma forma para combater a discriminação. Além de reforçar a ideia de que a deficiência não é sinônimo de incapacidade, sendo dois conceitos bem distintos. A capacidade consiste na pessoa poder titularizar e exercer direitos na ordem civil.

Todos têm a capacidade de direito, mas nem todos tem a capacidade de exercício. Sendo considerado incapaz aquele que não consegue exercer o direito de exercício sem assistência ou representação, conforme ensinamentos do doutrinador Flávio Tartuce<sup>25</sup>:

[...]capacidade de direito ou de gozo, que é aquela para ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada, e que todas as pessoas têm sem distinção. [...]  
[...]existe ainda outra capacidade, aquela para exercer direitos, denominada como capacidade de fato ou de exercício, e que algumas pessoas não têm. São os incapazes[...]

No que tange a deficiência, é válida a utilização do conceito internacional exposto na Convenção Sobre Direitos da Pessoa Com Deficiência<sup>26</sup>, que assim o define:

Artigo 1 Propósito

[..]

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Constata-se então que para ser considerado como pessoa com deficiência é preciso a cumulação de um impedimento seja físico, intelectual ou sensorial com a presença de uma barreira que o impeça sua participação plena na sociedade. Logo, não é porque uma pessoa seja

<sup>25</sup>TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense 2020, p.122.

<sup>26</sup>UNFPA. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Protocolo Facultativo*. Disponível em: <[http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao\\_direitos\\_pessoas\\_com\\_deficiencia.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_direitos_pessoas_com_deficiencia.pdf)>. Acesso em: 03 de mai. 2020.



portadora de deficiência que ela automaticamente necessitará de assistência ou representação para exercer o seu direito.

### 3. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE COADUNAM A UNIÃO DOS EVENTOS À LUZ DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Para analisar o cabimento da concentração dos eventos, utilizou-se como parâmetro jurídico a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência. Isso porque tal Convenção versa sobre os direitos humanos da pessoa com deficiência em âmbito internacional. Nesse sentido, destaca-se que os direitos humanos não se confundem com direitos fundamentais. Conforme, Marcelo Novelino<sup>27</sup> expõe apesar de ambos terem o mesmo objetivo, atuam em planos distintos:

[...] Enquanto os direitos humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de acordo com cada Estado.

Sendo assim, como o escopo do trabalho é debater sobre a união de dois eventos esportivos internacionais, fez-se necessário a utilização de mecanismo jurídico mais adequado, qual seja os direitos humanos, haja vista que o plano internacional é justamente o seu campo de atuação.

Dentro do universo dos tratados internacionais sobre direitos humanos se fez a opção pelo que mais se adequa ao tema, além da Convenção escolhida ser qualificada pela ONU<sup>28</sup> como o “primeiro grande tratado sobre direitos humanos do século XXI”- tradução nossa.

O Tratado em sua primeira alínea<sup>29</sup>, de imediato revela o seu interesse na promoção da igualdade:

a. Relembrando os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, que reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Igualdade essa que deve ser entendida não somente em seu aspecto formal, mas

<sup>27</sup>NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 267.

<sup>28</sup>ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Frequently Asked Questions regarding the Convention on the Rights of Persons with disabilities*. Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/frequently-asked-questions-regarding-the-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>>. Acesso em: 03 mai. 2020.

<sup>29</sup>UNFPA, op. cit., nota 26.



também em seu aspecto material. Ou seja, não basta tratar todos de forma igual se todos não estiverem em mesma situação. Razão pela qual se faz necessário adequar o tratamento para certas situações, nas quais o simples tratamento igualitário é insuficiente.

Aristóteles já na Grécia antiga defendia essa ideia. “Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.” Baseado nessa proposição que se buscou idealizar a concentração dos eventos.

Nesse viés, destaca-se a importância histórica que teve a criação de dois eventos esportivos distintos. Pois, essa iniciativa ajudou a consolidar a competição paralímpica, bem como no desenvolvimento de suas modalidades.

Contudo, já se passou 60 anos desde a primeira competição, tendo ocorrido desde então a expansão da mesma, assim como do número de participantes e dos aparatos mundiais que rodeiam a Olimpíada e Paralimpíada. Essa divisão não se faz mais pertinente. Isso porque todos que participam seja da olimpíada, seja da paralimpíada são atletas e merecem o mesmo tratamento.

A concentração dos eventos não busca a fusão das modalidades. O que se sustenta é a fusão dos eventos com a continuação das modalidades na forma que já foram concebidas. A realização dos eventos de forma separada já não é a mais adequada. Pois como todos são atletas e todos tem sua modalidade específica, não há razão para que existam dois movimentos olímpicos, separando em atletas olímpicos e paralímpicos.

O tratamento diferenciado já foi dado quando se criaram e desenvolveram as categorias e modalidades esportivas olímpicas e paralímpicas, não há motivos para que elas precisem ser disputados em eventos distintos.

Essa disputa em eventos separados fere a concepção material de igualdade, haja vista que não existe justo motivo que enseje esse tratamento diferenciado. A mera conveniência logística não se adequa a um motivo razoável. Sendo essa uma violação à *proibição de arbítrio*, instituto esse que veda tratamento arbitrariamente desigual para situações essencialmente iguais, conforme Marcelo Novelino<sup>30</sup> aborda em seu manual:

a concepção material pressupõe a adoção de critérios distintivos justos e razoáveis. Nessa perspectiva, o princípio da igualdade tem sido relacionado à proibição de arbítrio, vedando tratamentos arbitrariamente desiguais para situações essencialmente iguais, assim como tratamentos idênticos para situações essencialmente desiguais.

Nessa sequência, a Convenção em seu artigo 5º consagra o princípio da igualdade. No ponto 1 do referido artigo percebe-se a igualdade em seu aspecto formal, enquanto no ponto 4

---

<sup>30</sup>NOVELINO, op. cit., p.326.

vislumbra-se a igualdade em seu aspecto material<sup>31</sup>:

Artigo 5 Igualdade e não-discriminação

1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei. [...]

4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não deverão ser consideradas discriminatórias.

Diante desse dispositivo, pode-se concluir que a distinção de eventos para apresentação de competidores olímpicos e competidores paralímpicos viola o princípio da igualdade.

Ademais, para embasar a concentração dos eventos, tem-se o artigo 30, ponto 5, alínea “a”<sup>32</sup> que na busca pela igualdade coloca como dever aos Estados Partes incentivar e promover as atividades esportivas com máxima participação dos portadores de deficiência, levando em conta suas possibilidades:

Artigo 30 Participação na vida cultural e em recreação, lazer e esporte. [...]

Para que as pessoas com deficiência participem, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de atividades recreativas, esportivas e de lazer, os Estados Partes deverão tomar medidas apropriadas para: a. Incentivar e promover a máxima participação possível das pessoas com deficiência nas atividades esportivas comuns em todos os níveis;

A alínea “a” acima exposta além de promover igualdade, promove também a integração social da pessoa portadora de deficiência que também é um dos objetivos do Tratado, conforme se depreende da última alínea<sup>33</sup> do Preâmbulo:

y. Convencidos de que uma convenção internacional geral e integral para promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência prestará uma significativa contribuição para corrigir as profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência e para promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países desenvolvidos como naqueles em desenvolvimento.

O valor do esporte na integração social foi devidamente exposto no capítulo dois, ao mostrar as vantagens que podem ser obtidas com sua prática. Essas vantagens estão em perfeita sintonia com os objetivos da Convenção. Portanto, a junção dos eventos prestigiaria o princípio da igualdade, a integração social. Além de ir ao encontro da ideia de inclusão social defendida por Romeu Kazumi Sassaki<sup>34</sup>, considerado o “pai da inclusão no Brasil”:

A inclusão social é o processo pelo qual a sociedade e o portador de deficiência procuram adaptar-se mutuamente tendo em vista a equiparação de oportunidades e,

---

<sup>31</sup>UNFPA, op. cit.

<sup>32</sup>Ibid.

<sup>33</sup>Ibid.

<sup>34</sup>SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997, p. 167.



consequentemente, uma sociedade para todos. A inclusão (na escola, no trabalho, no lazer, nos serviços de saúde etc.) significa que a sociedade deve adaptar-se às necessidades da pessoa com deficiência para que esta possa desenvolver-se em todos os aspectos de sua vida.

A inclusão social poderia ser refletida com a união dos eventos por meio do qual haveria uma clara adaptação para que todos os atletas pudessem participar da competição em harmonia. Isso seria um espelho do mundo, na medida em que as pessoas deficientes e não deficientes de fato convivem juntas ao redor do globo.

Seria um belo reforço na luta contra a discriminação, ao mostrar com naturalidade essa relação. Sendo principalmente proveitoso para as novas gerações que já se familiarizariam com essa dinâmica social. Esse combate contra a discriminação, também está estampado na Convenção em seu artigo 5, ponto 2<sup>35</sup>:

Artigo 5 Igualdade e não-discriminação

[...]

2. Os Estados Partes deverão proibir qualquer discriminação por motivo de deficiência e garantir às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.

Tendo em vista, o espírito da norma que foi explanado por meio das alíneas do Preâmbulo e pelos artigos supracitados que trazem os princípios e as normas fundamentais. É plenamente possível sustentar juridicamente a concentração dos eventos olímpico e paralímpico.

## CONCLUSÃO

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que esse tema não é tão bem debatido entre os participantes, organizadores e apoiadores. Razão pela qual o presente trabalho buscou fomentar ainda mais tal discussão ao fornecer dados e estatísticas para melhor elucidar a questão.

O principal argumento usado por esta pesquisa para fundamentar a tese da união dos eventos foi o respeito ao princípio da igualdade. Pois antes de serem classificados em paralímpico ou olímpico, ambos são atletas. O tratamento diferenciado de Olimpíada e Paralímpada se fez pertinente para criação e desenvolvimento das modalidades, mas não se faz pertinente para que sejam competidos em eventos distintos. É perceptível uma afronta a

---

<sup>35</sup>UNFPA, op. cit., nota 26.

concepção material de igualdade, pois não existe justo motivo que enseje esse tratamento diferenciado.

Não parece razoável adotar essa segregação apenas por mera conveniência logística. Friza-se que os eventos olímpico e paralímpico possuem comitês diferentes, mas nada impede que ambos possam firmar acordo no sentido de concentração dos eventos.

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial a falta de interesse dos Comitês. Pois o argumento acerca da capacidade das vilas olímpicas não condiz com a realidade dos fatos. Ademais, outros problemas de logística que porventura surjam são intrínsecos ao evento. Os países sede sabem que vão acontecer e se adequam a necessidade, tendo em vista a magnitude do evento.

Em contrapartida, destaca-se que as vantagens que a unificação dos eventos poderá acarretar são imensuráveis. Na medida em que além de propiciar a autonomia, independência, conscientização, igualdade de oportunidades, acessibilidade, integração social que são objetivos da Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência.

Isso seria um grande instrumento de cooperação internacional para melhorar as condições das pessoas com deficiência. Sendo, portanto, uma ação afirmativa de caráter mundial.

Por fim, o entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se que embora não haja unanimidade acerca do tema, tem-se bons motivos e fundamentos que embasam a tese ou ao menos a possibilidade de discussão da mesma.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Lucas Maia. *Por que eu sou contra a Paralimpíada*. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/olhares-olimpicos/por-que-eu-sou-contr-a-paralimpiada/>>. Acesso em: 03 out. 2019.

BASTOS André. *Alice no país da Paralimpíada*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/alice-no-pais-da-paralimpiada19952293#ixzz4IkSab7W1>>. Acesso em: 03 out. 2019.

CAMPEÃO, Marcia da Silva. *O esporte paraolímpico como instrumento para a moralidade das práticas em saúde pública envolvendo pessoas com deficiência - uma abordagem a partir da bioética da proteção*. Tese de Doutorado - Fundação Oswaldo Cruz, 2011.

CRAIDE, Sabrina. *Movimento defende a realização simultânea de Olimpíada e Paralimpíada*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/rio-2016/noticia/2016-09/movimento-defend-e-realizacao-simultanea-de-olimpiada-e-paralimpiada>>. Acesso em: 03 out. 2019.





REDE ESPORTE. *Onde as estrelas se encontram*. Disponível em: <<http://rededoesporte.gov.br/pt-br/megaeventos/olimpiadas/instalacoes/vila-olimpica>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

FACEBOOK, *Unifica Jogos* Disponível em: <<https://www.facebook.com/UnifyGamesNow/>>. Acesso em: 03 out. 2019.

HEILPERN, Will. *Why the Olympics and Paralympics are still separate events*. Disponível em: <<https://www.businessinsider.com/why-the-olympics-and-paralympics-are-separate-events-2016-8>>. Acesso em: 03 out. 2019.

IOC. *Candidature Acceptance Procedure Games of the XXX Olympiad 2012*. Disponível em: <[https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Documents/Host-City-Elections/XXX-Olympiad-2012/Candidature-Acceptance-Procedure-for-the-Games-of-the-XXX-Olympiad-2012.pdf#\\_ga=2.262501007.2014002102.1587075915-1493825443.1587075915](https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Documents/Host-City-Elections/XXX-Olympiad-2012/Candidature-Acceptance-Procedure-for-the-Games-of-the-XXX-Olympiad-2012.pdf#_ga=2.262501007.2014002102.1587075915-1493825443.1587075915)>. Acesso em: 17 abr. 2020.

MACHADO, Consuelo. *Integration between Olympic and Paralympic Games*. Disponível em: <<https://www.change.org/p/international-olympic-comitee-integration-between-olympic-and-paralympic-games>>. Acesso em: 03 out. 2019.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 267

OLYMPIC, Organization. *IOC and IPC to partner until 2032*. Disponível em: <<https://www.olympic.org/news/ioc-and-ipc-to-partner-until-2032>> Acesso em: 17 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Part II: Candidature File*. Disponível em: <<https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Documents/Host-City-Elections/XXIX-Olympiad-2008/Manual-for-Candidate-Cities-Part-2-for-the-Games-of-the-XXIX-Olympiad-2008.pdf#ga=2.252606346.2014002102.15870759151493825443.1587075915>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Beijin 2008*. Disponível em: <<https://www.olympic.org/beijing-2008>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *London 2012*. Disponível em: <<https://www.olympic.org/london-2012>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Rio 2016*. Disponível em: <<https://www.olympic.org/rio-2016>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Host City Contract Operation Requirements*. Disponível em: <[https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Games/Summer-Games/Games-Tokyo-2020-Olympic-Games/Host-City-Contract-Operational-Requirements-version-December-2016.pdf#\\_ga=2.25195326.2014002102.1587075915-1493825443.1587075915](https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Games/Summer-Games/Games-Tokyo-2020-Olympic-Games/Host-City-Contract-Operational-Requirements-version-December-2016.pdf#_ga=2.25195326.2014002102.1587075915-1493825443.1587075915)>. Acesso em: 19 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Realization of the sustainable development goals by, for and with persons with disabilities*. Disponível em: <<https://www.un.org/develop>>

ment/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2018/12/UN-Flagship-Report-Disability.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Frequently Asked Questions regardin the Convetion of the Rights of Person with disabilities*. Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/frequently-asked-questions-regarding-the-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>>. Acesso em: 03 mai. 2020.

PARALYMPIC, Organization. *Beijin 2008 Paralympic Games*. Disponível em: <<https://www.paralympic.org/beijing-2008>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *London 2012 Paralympic Games*. Disponível: <<https://www.paralympic.org/london-2012>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Rio 2016*. Disponível em: <<https://www.paralympic.org/rio-2016>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense 2020.

TEIXEIRA Patricia. '*Conscientização é o maior legado paralímpico*', diz membro da OAB-RJ Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/paralimpiadas/noticia/2016/09/conscientizacao-e-o-maior-legado-paralimpico-diz-membro-da-oab-rj.html>>. Acesso em: 03 out. 2019.

UNFPA. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Protocolo Facultativo*. Disponível em: <[http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao\\_direitos\\_pessoas\\_com\\_deficiencia.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_direitos_pessoas_com_deficiencia.pdf)>. Acesso em: 03 de mai. 2020.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997.



## O DESAFIO DO JUDICIÁRIO NA INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA DO USUÁRIO OU DEPENDENTE DE DROGA INTRODUZIDA NA LEI Nº 11.343/2006

Renilma Kunstmann Nunes Filha

Graduada pela Universidade Estácio.  
Advogada.

**Resumo** – a internação involuntária do usuário ou dependente químico já era possível no ordenamento jurídico, mas não havia legislação específica tratando do assunto. Assim era utilizada a Lei nº 10.216/2001, lei que trata proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais. A temática desse trabalho permeia a incapacidade relativa do usuário ou dependente químico, conforme prevê o Código Civil, a análise de que trata-se de uma doença que atinge a diretamente a família, tornando-a codependente e também a sociedade, pelos atos cometidos por eles. No âmbito jurídico, abarca a problemática do conflito entre dois princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade e o direito à vida.

**Palavras-chave** – Internação Involuntária. Dependente Químico. Codependente. Direito à Liberdade. Direito à Vida.

**Sumário** – Introdução. 1. O Uso de Drogas X a Incapacidade Relativa do Agente. 2. O Impacto Social e Jurídico do Uso de Drogas. 3. A Internação Involuntária Criada no Ordenamento Jurídico e seus Desafios diante da Constituição Federal. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de demonstrar o desafio que o Estado tem em realizar a internação involuntária prevista na Lei nº 11.343/2006. Essa internação será possível de forma excepcional, tendo prioridade outras formas de tratamento, como tratamento ambulatorial. Embora o homem seja um ser dotado de liberdade e razão, dessa forma se diferencia dos demais seres, pois tem dignidade, autodeterminação, livre arbítrio, um usuário ou dependente de drogas pode perder sua razão e não ter discernimento para saber o que é melhor para sua saúde física ou mental.

Para melhor compreensão do tema, no primeiro capítulo, pretende retratar que o uso de drogas pode levar a incapacidade relativa do usuário ou dependente químico, é necessário apresentar a diferença entre o usuário do dependente de drogas, e que o mais susceptível a ter seu discernimento comprometido é o dependente. Essa dependência pode existir não só por drogas ilícitas, mas também pelas lícitas.

No contexto científico, há anos o uso abusivo de drogas era considerado falha de caráter, um vício, isso dificultava no tratamento dessas pessoas. Na Classificação Internacional das Doenças, a dependência de todas as substâncias psicoativas está na categoria de “transtornos



mentais de comportamento”, assim é considerada como uma doença crônica, que afeta diretamente a família, tornando-a doente, por uma codependência. Para a Organização Mundial de Saúde, a dependência pode ser tratada e controlada simultaneamente como doença e como problema social.

A seguir, no segundo capítulo, intenta apresentar as consequências social e jurídica do uso de drogas, que a família, sofre as consequências pela dependência de seu ente, seja por agressões físicas, por desfalques financeiros ou até mesmo por vergonha, e na maioria das vezes se culpa. Em diversas famílias acabam por acontecer tragédias em decorrência do dependente se descontrolar e cometer, desde pequenos furtos a seus familiares, assim como ceifar a vida deles, na fissura de ir ao uso mais uma vez. Será realizada uma análise jurídico-social, demonstrando que uma das consequências do consumo de drogas é o aumento de crimes tanto na sociedade, como na relação doméstica e a própria incidência de suicídios.

Por fim, no terceiro capítulo, é fundamental apresentar a inovação legislativa que possibilita a internação involuntária de um usuário ou dependente químico. Ressalta-se que, embora essa inovação permita internar involuntariamente uma pessoa que usa drogas, a punição para o próprio usuário de drogas, prevista na mesma legislação, não culmina pena de privação de liberdade, mas sim em penas brandas de advertência, prestação de serviço ou medida educativa.

Sendo assim, a legislação pertinente além de ser contraditória nela mesma, também afronta direitos fundamentais. Dessa forma, faz-se necessário uma análise de ponderação de princípios constitucionais de um ser humano, no que tange sua a privação de liberdade e seu direito a vida, uma vez que a internação involuntária imposta pelo ordenamento jurídico se dará a uma pessoa que nem mesmo cometeu um crime ou uma contravenção penal.

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

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



## 1. O USO DE DROGAS X A INCAPACIDADE RELATIVA DO AGENTE

Inicialmente, cumpre ressaltar que no Brasil, a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária)<sup>1</sup>, autarquia sob o regime especial que tem como finalidade promover a proteção da saúde da população, que por meio da Portaria SVS/MS nº 344/1998<sup>2</sup>, prevê regras para produção, desde a extração até a comercialização das substâncias consideradas drogas.

Para a legislação brasileira, denomina-se droga a substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, conforme previsto no art. 66 c/c art. 1º parágrafo único da Lei nº 11.343/2006<sup>3</sup>.

Essas drogas podem ser consideradas como lícitas ou ilícitas. Lícitas, quando sua produção, comercialização e consumo não constituem crime, como o álcool, o tabaco ou mesmos as drogas previstas a Portaria SVS/MS nº 344/1998, Anexo 1 que tem regras para seu uso, ou seja, medicamentos de uso controlado. Ilícitas, quando constitui crime, ou seja, drogas previstas na portaria supracitada, quando tem sua comercialização é proibida ou quando permitida é comercializada fora das regras previstas na portaria.

O consumo de drogas, atualmente, vai da mais comumente utilizadas na antiguidade, a maconha, até as mais modernas, produzidas em laboratório, que podem ser as sintéticas<sup>4</sup> e as semi-sintéticas<sup>5</sup>. Dentre as drogas sintéticas, podem ser citadas: LSD, GHB, ecstasy, anabolizantes, ice, quetamina, inalantes, efedrina, *poppers*. Enquanto, entre as semi-sintética, podem ser citadas: crack, cocaína, cristais de haxixe, heroína, maconha (modificada), morfina, codeína<sup>6</sup>.

Drogas, em seu sentido amplo, são substâncias psicoativas que são capazes de produzir alteração no organismo do ser humano. Elas podem ser lícitas as quais têm sua comercialização livre nos moldes da lei, como o tabaco, os anorexigênicos, o álcool, os analgésicos. As ilícitas têm sua comercialização proibida pela legislação, como maconha, crack, heroína, cocaína,

<sup>1</sup>AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/institucional>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

<sup>2</sup>MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 344*, de 12 de maio de 1998. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html)>. Acesso em: 24 set. 2019.

<sup>3</sup>BRASIL. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)> Acesso em: 24 set. 2019.

<sup>4</sup>Drogas sintéticas são aquelas produzidas a partir de uma ou várias substâncias químicas psicoativas que provocam alucinações no homem por estimular ou deprimir o sistema nervoso central. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/drogas/drogas-sinteticas.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

<sup>5</sup>Drogas semi-sintéticas são aquelas produzidas através de drogas naturais quimicamente alteradas em laboratórios. <https://brasilecola.uol.com.br/drogas/drogas-sinteticas.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

<sup>6</sup>DANTAS, Gabriela Cabral da Silva. *Drogas Sintéticas*. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/drogas/drogas-sinteticas.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.



aquelas. As drogas ilícitas são também conhecidas como “drogas pesadas” e são propensas a causar dependência em seus usuários.

Na classificação das drogas,<sup>7</sup> sejam as lícitas ou as ilícitas, existem: drogas depressoras, que afetam o cérebro de tal maneira que diminui sua atividade, deixando o indivíduo mais lento; drogas estimulantes, que aceleram a atividade mental; drogas alucinógenas, também chamadas de psicodélicas, que alteram a percepção.

A medicina diferencia o usuário e o dependente. O primeiro, faz uso de drogas de forma eventual, esse uso não afeta sua vida pessoal, profissional, comportamental, ou seja, não afeta a forma com que conduz sua vida. Enquanto o dependente de drogas, caracterizado como dependente químico, não tem o domínio sobre sua vida, a vontade de usar drogas é constante, sua prioridade diária é o uso de drogas, o que afeta de forma negativa sua vida<sup>8</sup>.

No âmbito legal, não houve diferenciação para o tratamento entre o usuário e o dependente, visto que na Lei nº 11.343/2006<sup>9</sup>, o legislador entendeu que deve tratar de forma equiparada tanto um quanto o outro. Esse entendimento se extrai dos termos usados pelo legislador ao tratar de “reinserção social de usuários e dependentes de drogas” e “reinserção social e econômica de usuários ou dependentes de drogas” incluído pela Lei nº 13.840/2019<sup>10</sup>.

De acordo com as Nações Unidas<sup>11</sup>, muitos usuários estão perdendo suas vidas de forma prematura em consequência do uso de drogas. A morte dessas pessoas não está somente relacionada ao uso direto das drogas, com a overdose, como também do uso indireto. Isso porque, o uso de alguns tipos de drogas, como as injetáveis, pode ocasionar a infecção por outras doenças, como o HIV, a hepatite C, entre outras.

---

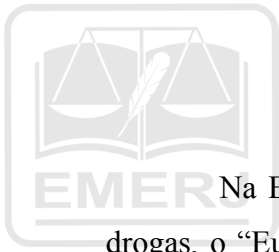
<sup>7</sup>BRASIL. Portal de Formação a distância. *Substâncias psicoativas e seus efeitos*. Disponível em: <[http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201704/20170413-101646-002/pagina-02.html#:~:text=Exemplos%3A%20ansiol%C3%ADticos%20\(tranquilizantes\)%2C,narc%C3%B3ticos%20\(morfina%2C%20hero%C3%ADna\).&text=S%C3%A3o%20drogas%20que%20aumentam%20a,%2C%20anfetaminas%2C%20coca%C3%ADna%20e%20crack.](http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201704/20170413-101646-002/pagina-02.html#:~:text=Exemplos%3A%20ansiol%C3%ADticos%20(tranquilizantes)%2C,narc%C3%B3ticos%20(morfina%2C%20hero%C3%ADna).&text=S%C3%A3o%20drogas%20que%20aumentam%20a,%2C%20anfetaminas%2C%20coca%C3%ADna%20e%20crack.)>. Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>8</sup>HOSPITAL SANTA MONICA. *Entenda de uma vez por todas a diferença entre usuário e dependente em drogas*. Disponível em: <<https://hospitalsantamonica.com.br/entenda-de-uma-vez-por-todas-a-diferenca-entre-usuario-e-dependente-em-drogas/#:~:text=Enquanto%20o%20usu%C3%A1rio%20de%20drogas,sua%20vida%20em%20diversos%20aspectos.>> Acesso em: 30 ago. 2019.

<sup>9</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>10</sup>BRASIL. *Lei nº 13.840*, de 5 de junho de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm#art5)>. Acesso em: 24 set. 2019.

<sup>11</sup>NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Cerca de 246 milhões de pessoas usaram drogas ilícitas em 2013, afirma novo relatório da ONU*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/cerca-de-246-milhoes-de-pessoas-usaram-drogas-ilicitas-em-2013-afirma-novo-relatorio-da-onu/>. Acesso em: 02 out. 2019.



Na Europa existe um centro de monitoramento de se preocupa com o consumo de drogas, o “European Monitoring Centre for Drugs and Drugs Addiction”<sup>12</sup>. Nesse centro de monitoramento eles realizam relatórios sobre as drogas por toda a Europa. Esses relatórios tratam sobre uma visão geral do alto nível das drogas especificadamente para os países da Europa, apresentando problemas de fornecimento, uso e saúde pública, assim como políticas sobre as drogas.

De acordo com as Nações Unidas<sup>13</sup>, muitos usuários estão perdendo suas vidas de forma prematura em consequência do uso de drogas. A morte dessas pessoas não está somente relacionada ao uso direto das drogas, com a overdose, como também do uso indireto. Isso porque, o uso de alguns tipos de drogas, como as injetáveis, pode ocasionar a infecção por outras doenças, como o HIV, a hepatite C, entre outras.

Embora a sociedade já tenha tratado que a dependência química como um desvio de personalidade das pessoas com dificuldade de relacionamento, estudos demonstram que o uso ou a dependência de substâncias causa uma síndrome que engloba “conjunto de fenômenos fisiológicos, comportamentais e cognitivos que alteram os valores pessoais, familiares e sociais”<sup>14</sup>.

Atualmente, a dependência química é considerada uma doença crônica associado a distúrbios psiquiátricos<sup>15</sup> que retiram o discernimento da pessoa, fazendo, assim, com que ela se torne incapaz de responder pelos seus atos. Esse entendimento, no âmbito penal, se extrai do art. 45 da Lei nº 11.343/2006<sup>16</sup> que isenta de pena o dependente químico que era inteiramente incapaz de entender, ou seja, de discernir o ato que tenha praticado.

Já esfera civil, o art. 4º, II da Lei nº10.406/2002<sup>17</sup> torna relativamente incapaz o “viciado em tóxico”, ou seja, o dependente químico. Essa incapacidade relativa não é subjetiva, como a prevista no inciso I do dispositivo legal supracitado, que dispõem que os maiores de

<sup>12</sup>EUROPA. *European Monitoring Centre for Drugs and Drugs Addiction*. Disponível em: <[https://www.emcdda.europa.eu/publications-database\\_en?f%5B0%5D=field\\_search\\_topic%3A1310](https://www.emcdda.europa.eu/publications-database_en?f%5B0%5D=field_search_topic%3A1310)>. Acesso em: 24 out. 2019.

<sup>13</sup>NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Cerca de 246 milhões de pessoas usaram drogas ilícitas em 2013, afirma novo relatório da ONU*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/cerca-de-246-milhoes-de-pessoas-usaram-drogas-ilicitas-em-2013-afirma-novo-relatorio-da-onu/>. Acesso em: 02 out. 2019.

<sup>14</sup>MAFTUM, Alves. *Impacto Social do Uso Abusivo de Drogas para Dependentes Químicos Registrados em Prontuários*. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/cogitare/article/view/33556/21055>>. Acesso em: 24 fev. 2020.

<sup>15</sup>FREITAS, Fábio Augusto Bento. *Compreensão do uso e da dependência de drogas*. Disponível em: <<https://clinicajorgejaber.com.br/novo/2017/12/compreensao-do-uso-e-dependencia-de-drogas/>>. Acesso em: 24 fev. 2020.

<sup>16</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>17</sup>BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/L11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11343.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2020.



dezesseis anos e menores de 18 anos, são relativamente incapazes. Para os dependentes químicos é necessário provar que o são, para torná-los relativamente incapazes para alguns atos da vida civil, mediante ação de interdição prevista a partir do art. 747 da Lei nº 13.105/2015<sup>18</sup>. De acordo com o inciso III do art. 1.765, da Lei nº 10.406/2002, os dependentes químicos estão sujeitos a curatela.

Sendo assim, uma das formas que existe para internar de forma involuntária um dependente químico é ajuizar uma ação de interdição com a finalidade de tratamento de doença, que de forma liminar, o magistrado pode atribuir ao curador poderes para realizar a internação desse dependente por prazo determinado pelo médico responsável. A internação involuntária do dependente químico do direito civil não tem vínculo com a internação introduzida na Lei nº 11.343/2006<sup>19</sup> pela Lei nº 13.840/2019<sup>20</sup>.

## 2. O IMPACTO SOCIAL E JURÍDICO DO USO DE DROGAS

Todas as pessoas devem ter um bom convívio na sociedade respeitando os direitos e deveres uns dos outros, isso ajuda no desenvolvimento da humanidade. Entretanto, estudos mostram que o usuário ou o dependente de drogas fazem com que esse convívio se torne muito difícil e muitas vezes também perigoso, principalmente no seio de sua própria família.

Estudos apontam que um dependente químico apresenta dificuldades de convívio no cotidiano com seus familiares, ocasiona tanto desgastes na esfera física como também na esfera emocional, psicológica<sup>21</sup>. Isso acaba gerando uma sobrecarga para esses familiares, que por vezes são agredidos por e que por vezes se tornam depressivos, pensando até em suicídio, mas também podem apresentar ansiedade e insônia.

Além dos problemas físicos e psicológicos, há também os problemas econômicos gerados pelos dependentes químicos. Para satisfazer sua dependência química, por vezes fazem dívidas em diversos bares e até com traficantes, o que é muito perigoso até para os membros de sua família. Os tratamentos médicos também são custosos e acabam por influenciar em grande endividamento das famílias. Ressalta-se que também são a causa de problemas jurídicos na

---

<sup>18</sup>BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2020.

<sup>19</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>20</sup>BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>21</sup>TOBO apud MEDEIROS, Katruccy Tenório et al. *Representações sociais do uso e abuso de drogas entre familiares de usuários*. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-73722013000200008](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722013000200008)>. Acesso em: 24 fev. 2020.





família, como: divórcios, violência física ou moral, também furtos que ocorrem não só nos ambientes familiares como na sociedade<sup>22</sup>. Assim, pode se extrair que dependentes químicos por vezes são responsáveis por grandes índices de violência doméstica.

Neste sentido, no I Seminário Mato-grossense Violência Contra a Mulher, a Coordenadora das Promotorias de Violência Doméstica de Cuiabá e presidente da Comissão Permanente de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a promotora de Justiça Lindinalva Rodrigues Dalla Costa, durante a palestra Violência Doméstica e sua Relação com Consumo de Drogas Lícitas e Ilícitas, apresentou dados de pesquisas que apontaram o quanto o álcool e as drogas interferem no comportamento e têm ligação direta com a violência doméstica. Segundo Lindalva, em sua palestra ela afirmou “que o álcool desinibe o homem e causa o rebaixamento crítico, deixando-o mais suscetível a cometer violência doméstica. Dos casos relatados em delegacias, 83% são relacionados ao alcoolismo” e destacou que como pelo álcool estar presente em suas casas, a incidência de violência doméstica é três vezes maior<sup>23</sup>.

Ademais, um grande impacto social, mais precisamente familiar é a codependência que segundo Roberty Subby<sup>24</sup>, é:

Uma condição emocional, psicológica e comportamental que se desenvolve como resultado da exposição prolongada de um indivíduo a – e à prática de – um conjunto de regras opressivas que evitam a manifestação aberta de sentimentos e a discussão direta de problemas pessoais e interpessoais.

Assim, pode-se concluir que a codependência é a dependência que a família apresenta sobre o adicto<sup>25</sup>, o codependente tende a viver sua vida em função do dependente químico, esquecendo de viver sua própria vida, ele se torna um dependente do dependente químico. Ele vive com medo do que pode acontecer, de como o adicto vai se comportar, pois seu comportamento é explosivo. Ele tenta proteger e assumir responsabilidades pelo comportamento do dependente químico, essa codependência não acontece somente nos familiares, os amigos também podem se tornar codependentes<sup>26</sup>.

<sup>22</sup>SANTOS, Iaraçu Teixeira dos. *Dependência Química no Campo Familiar: dificuldades e consequências*. Disponível em: <<https://clinicajorgejaber.com.br/novo/2018/08/dependencia-quimica-no-campo-familiar-dificuldades-e-consequencias/>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

<sup>23</sup>MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MATO GROSSO. *Drogas e Alcool têm Relação Direta com Agressões*. Disponível em: <https://mpmt.mp.br/conteudo/58/56375/drogas-e-alcool-tem-relacao-direta-com-agressoes>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

<sup>24</sup>SUBBY apud BEATTIE, Melody. *Codependencia Nunca Mais*. Rio de Janeiro: Viva Livros, 2017, p. 41.

<sup>25</sup>NA. *Adicto*. É simplesmente um homem ou mulher cuja vida é controlada pelas drogas. Disponível em: <<https://www.na.org/admin/include/spaw2/uploads/pdf/ips/br/BR9130.pdf>>. Acesso em: 03 de mai. 2020.

<sup>26</sup>MONDAINI, Iêda. *Codependencia*. Disponível em: <<https://clinicajorgejaber.com.br/novo/2018/11/codependente/>>. Acesso em: 05 abr. 2020.



No âmbito jurídico, houve uma despenalização para o usuário de drogas, isso porque o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 impõe somente penas alternativas para quem “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo”<sup>27</sup> drogas para uso pessoal. Enquanto, no art. 16, da Lei nº 6.3638 de 1976<sup>28</sup>, revogada pela Lei nº 11.343/2006, a repressão ao usuário de drogas era mais severa, com detenção de seis meses a dois anos e pagamento de multa.

Diante dessa despenalização, entendimento doutrinário está no sentido de que o consumo pessoal de drogas não é mais crime, mas sim uma contravenção penal. Entretanto o entendimento do que prevalece<sup>29</sup> é o de que continua sendo crime. O posicionamento do STJ no HC nº 478.757 seguiu o posicionamento do STF na questão de ordem no RE nº 430.105 em que decidiu que “que o porte de entorpecente para consumo próprio foi despenalizado, mas não descriminalizado”<sup>30</sup>.

Uma consequência possível da despenalização do uso de drogas é o aumento do consumo, que por consequência causa o aumento de diversos crimes cometidos por esses usuários. Nesses casos, o art. 45 e parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006 intervém e isenta de pena nas circunstâncias previstas nesse artigo e em seu parágrafo único, impõe um dever<sup>31</sup> ao magistrado, na sentença absolutória, o encaminhamento do absolvido para tratamento médico adequado.

Dependendo da análise pericial, o tratamento pode ser ambulatorial, mas também pode ser caso de internação do dependente. Trata-se nesse caso de internação compulsória, ou seja, internação por imposição legal, uma internação involuntária motivada por um delito anteriormente cometido.

O art. 45, da Lei nº 11.343/2006 deixa claro que “qualquer que tenha sido a infração penal praticada”<sup>32</sup> pelo dependente químico comprovado, desde que fosse “inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”<sup>33</sup>. Assim, o dependente químico pode cometer qualquer infração penal, seja ela

---

<sup>27</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>28</sup>BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm)>. Acesso em: 24 set. 2019.

<sup>29</sup>MALULY, Jorge Assaf. Lei nº 11.343/06. A despenalização da posse de drogas para o consumo pessoal. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/417-lei-11-343-06-a-despenalizacao-daposse-de-drogas-para-o-consumo-pessoal.html>>. Acesso em: 24 set. 2019.

<sup>30</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Publicação traz entendimentos atualizados do STJ sobre a Lei de Drogas*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Publicacao-traz-entendimentos-atualizados-do-STJ-sobre-a-Lei-de-Drogas.aspx>>. Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>31</sup>SILVA, César Dario Mariano da. *Lei de Drogas Comentada*. 2. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016, p. 174.

<sup>32</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>33</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.



contra o patrimonial, seja contra a vida, ele será absolvido, mas será internado compulsoriamente.

A lei foi omissa no que se refere ao tempo de internação desse dependente químico, dessa forma o magistrado deverá recorrer subsidiariamente do art. 12, do Código Penal Brasileiro<sup>34</sup>. Dessa forma, o magistrado se valerá das normas reguladoras sobre a medida de segurança previstas no art. 96 e seguintes do mesmo diploma legal.

### 3. A INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA CRIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO E SEUS DESAFIOS DIANTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Em 05 de junho de 2019 foi promulgada a Lei nº 13.840<sup>35</sup>, que inseriu na Lei nº 11.343/2006<sup>36</sup> o art. 23-A que dispõe sobre o tratamento do usuário ou dependente químico:

Art. 23-A. O tratamento do usuário ou dependente de drogas deverá ser ordenado em uma rede de atenção à saúde, com prioridade para as modalidades de tratamento ambulatorial, incluindo excepcionalmente formas de internação em unidades de saúde e hospitais gerais nos termos de normas dispostas pela União e articuladas com os serviços de assistência social e em etapas que permitam:

A prioridade para o tratamento do adicto é por meio de tratamento ambulatorial, sendo a internação uma exceção prevista na legislação. A lei trouxe tipos de internação, a voluntária e a involuntária, com as seguintes definições, previstas nos incisos I e II, do § 3º, do art. 6º, da Lei nº 11.343/2006<sup>37</sup>:

§ 3º São considerados 2 (dois) tipos de internação. (Incluído pela Lei nº 13.840, de 2019)

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do dependente de drogas; (Incluído pela Lei nº 13.840, de 2019)

II - internação involuntária: aquela que se dá, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida. (Incluído pela Lei nº 13.840, de 2019).

<sup>34</sup>BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 24 set. 2019.

<sup>35</sup>BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>36</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>37</sup>Ibid.



Cumpra ressaltar que no ordenamento jurídico há também a internação compulsória que tem como definição: “aquela determinada pela justiça”, prevista no inciso III, do parágrafo único do art. 6º da Lei nº 10.216/2001<sup>38</sup>. Essa lei dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e, também prevê a internação voluntária e involuntária. O §10, do art. 23-A, da Lei nº 11.343/2006 dispõe que “O planejamento e a execução do projeto terapêutico individual deverão observar, no que couber, o previsto na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001 [...]”. De uma certa forma, a legislação equiparou o usuário ou dependente químico às pessoas portadoras com transtornos mentais.

Diante dos dispositivos constitucionais, internar involuntariamente uma pessoa fere o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III, do art. 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>39</sup>, retirando seu direito à liberdade. Nessa temática, o direito à liberdade de locomoção também está previsto no art. 13, da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>40</sup>, garantindo a todas as pessoas o direito de circulação e de entrar e sair do país que se encontrem, sendo assim, trata-se de um Direito Humano.

Entretanto, quando se trata de um usuário ou dependente químico esses princípios constitucionais devem ser ponderados em prol do direito à vida, mesmo porque o direito à vida também é um Direito Humano previsto no art. 3º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>41</sup>. Isso porque, o adicto, como já explicado nos capítulos anteriores, é considerado um doente psiquiátrico, que coloca em risco sua própria vida.

Dessa forma, ao privar uma pessoa de sua liberdade, é necessário fazer uma breve análise destes direitos fundamentais, o direito à liberdade e o direito à vida. O direito à liberdade, previsto nos incisos XV e LXI, do art. 5º, da Constituição Federal<sup>42</sup>, prevê que todos tem direito de locomoção no território nacional em tempo de paz, esse preceito protege o de ir e vir. Nesse sentido, internar involuntariamente uma pessoa é verdadeiramente retirar dessa pessoa seu direito de liberdade.

Entretanto, a própria Constituição da República limita, em alguns casos, o direito à liberdade de locomoção, como por exemplo: a prisão em flagrante, a prisão determinada por

<sup>38</sup>BRASIL. *Lei nº 10.216*, de 6 de abril de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10216.htm)>. Acesso em: 24 set. 2019.

<sup>39</sup>BRASIL. *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 out. 2019.

<sup>40</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Declaração Universal dos Direitos Humanos completa 70 anos*. Disponível em: <[<sup>41</sup>Ibid.](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398115&caixaBusca=N#:~:text=Um%20desses%20tratados%20incorporados%20%C3%A0,aderiu%20em%201990%2C%20e%20a>”. Acesso em: 30 out.2019.</p></div><div data-bbox=)

<sup>42</sup>BRASIL, op. cit. 38.



um juiz de forma fundamentada. Contudo, não há previsão constitucional em limitar a liberdade de uma pessoa por doença, seja ela a dependência ou a própria doença mental, nesses casos, a internação deve ter como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

Como o direito à vida também se refere ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, Pedro Lenza<sup>43</sup> afirma que “O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5.º, caput, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”. Nesse sentido, deve-se devolver o direito à vida e uma vida digna, isso porque, a dependência química, segundo Jorge Jaber<sup>44</sup>, “A dependência química já foi definida como a “Doença dos 3 C” pois leva o indivíduo à Cadeia, Clínica Psiquiátrica ou ao Cemitério”.

Sobre esse tema, o Governo do Espírito Santo por meio da Secretaria de Estado de Direitos Humanos<sup>45</sup>, tem realizado workshops sobre drogas, nesses eventos foram ouvidos alguns adictos em recuperação. Em seus relatos, eles afirmam que perderam tudo em consequência das drogas, o trabalho, a família, que já haviam passado por tudo na vida e que muitos já tinham vivido nas ruas, ou seja, não tinham mais dignidade. Eles também relataram que um adicto precisa é ser bem acolhido, que o acolhimento dado a eles foi digno.

Nesse sentido, torna-se claro que a internação involuntária é de suma importância para dar a oportunidade a essas pessoas a terem uma vida digna, para que ele possa ter de volta o controle de sua vida. Ressalta-se que a dependência química é uma doença que não possui cura, que a vigilância do adicto em recuperação deve ser diária e é necessário que eles tenham apoio psicológico para conseguirem se manter limpos.

Dessa forma, segundo Barroso<sup>46</sup>:

O reconhecimento da distinção valorativa entre essas duas categorias e a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo. Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico.

<sup>43</sup>LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 971.

<sup>44</sup>JABER, Jorge. *Dependência Química*. Disponível em: <[http://www.clinicajorgejaber.com.br/curso/2014/mar\\_dependencia\\_quimica\\_jj.pdf](http://www.clinicajorgejaber.com.br/curso/2014/mar_dependencia_quimica_jj.pdf)>. Acesso em: 05 mai. 2020.

<sup>45</sup>PASSOS, Letícia. *Relatos de adictos em recuperação encerram o ciclo de workshops sobre Drogas da SEDH*. Disponibilizado em: <<https://www.es.gov.br/Noticia/relatos-de-adictos-em-recuperacao-encerram-o-ciclo-de-workshops-sobre-drogas-da-sedh>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

<sup>46</sup>BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 144.



Assim, como os direitos fundamentais não são absolutos, pois podem ser relativizados diante de conflitos entre eles, quando se trata de proteger a vida, proporcionando uma vida digna ao usuário ou dependente químico, deve-se limitar seu direito de ir e vir.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho apresentou a polemica entre o conflito direito a liberdade e o direito a vida diante da possibilidade da internação involuntária de um dependente químico. Procurou-se demonstrar que a promulgação da Lei nº 13.840/2019 que incluiu na Lei nº 11.343/2006 a possibilidade de internação involuntária do usuário ou dependente químico, foi importante para devolver uma vida digna aos adictos. O direito civil trata o usuário ou dependente químico como um relativamente incapaz para certos atos ou formas de exercê-los.

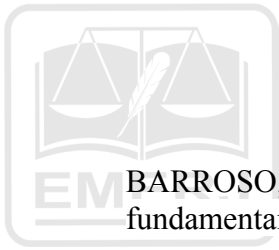
Ressalta-se que o usuário ou dependente químico quando está na ativa não percebe que está doente, nem que vive uma falsa sensação de liberdade, mas que na realidade está preso na sua própria dependência. No momento em que o adicto consegue assumir que é portador de uma doença, percebe que sua vida está um caos, por vezes destruídas e sofre com sua própria doença. Importante apresentar que essa é uma doença sem cura, que o tratamento é para o resto de sua vida.

No que se refere a vida de um adicto na ativa, a destruição não se restringe a sua própria vida, mas também a de sua família, de seus amigos e da sociedade. Tanto a família como os amigos poder se tornar codependentes, por vezes tomam para si a responsabilidade dos atos cometidos pelos adictos. A sociedade sofre as consequências porque os usuários ou dependentes por muitas vezes cometem delitos para sustentarem sua drogadição.

Diante disso, é perceptível que a internação involuntária de um usuário ou dependente químico é extremamente importante para dar a oportunidade a essas pessoas a recuperarem sua dignidade. Não se deve cercear o direito à vida de forma ampla, ou seja, do direito de não morrer.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/institucional>>. Acesso em: 24 mai. 2019.



BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BEATTIE, Melody. *Codependencia Nunca Mais*. Rio de Janeiro: Viva Livros, 2017.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/L11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11343.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 24 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.368*, de 21 de outubro de 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm)>. Acesso em: 24 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10216.htm)>. Acesso em: 24 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)> Acesso em: 24 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.840*, de 5 de junho de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm#art5)>. Acesso em: 24 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Portal de Formação a distância. *Substâncias psicoativas e seus efeitos*. Disponível em: <[http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201704/20170413-101646-002/pagina-02.html#:~:text=Exemplos%3A%20ansiol%C3%ADticos%20\(tranquilizantes\)%2C,narc%C3%B3ticos%20\(morfina%2C%20hero%C3%ADna\).&text=S%C3%A3o%20drogas%20que%20aumentam%20a,%2C%20anfetaminas%2C%20coca%C3%ADna%20e%20crack.](http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201704/20170413-101646-002/pagina-02.html#:~:text=Exemplos%3A%20ansiol%C3%ADticos%20(tranquilizantes)%2C,narc%C3%B3ticos%20(morfina%2C%20hero%C3%ADna).&text=S%C3%A3o%20drogas%20que%20aumentam%20a,%2C%20anfetaminas%2C%20coca%C3%ADna%20e%20crack.)>. Acesso em: 15 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Publicação traz entendimentos atualizados do STJ sobre a Lei de Drogas*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/porta/Paginas/Comunicacao/Noticias/Publicacao-traz-entendimentos-atualizados-do-STJ-sobre-a-Lei-de-Drogas.aspx>>. Acesso em: 30 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Declaração Universal dos Direitos Humanos completa 70 anos*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398115&caixaBusca=N#:~:text=Um%20desses%20tratados%20incorporados%20%C3%A0,aderiu%20em%201990%2C%20e%20a>>. Acesso em: 30 out. 2019.

DANTAS, Gabriela Cabral da Silva. *Drogas Sintéticas*. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/drogas/drogas-sinteticas.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

EUROPA. *European Monitoring Centre for Drugs and Drugs Addiction*. Disponível em: <[https://www.emcdda.europa.eu/publications-database\\_en?f%5B0%5D=field\\_search\\_topic%3A1310](https://www.emcdda.europa.eu/publications-database_en?f%5B0%5D=field_search_topic%3A1310)>. Acesso em: 24 out. 2019.

FREITAS, Fábio Augusto Bento. *Compreensão do uso e da dependência de drogas*. Disponível em: <<https://clinicajorgejaber.com.br/novo/2017/12/compreensao-do-uso-e-dependencia-de-drogas/>>. Acesso em: 24 fev. 2020.

HOSPITAL SANTA MONICA. *Entenda de uma vez por todas a diferença entre usuário e dependente em drogas*. Disponível em: <<https://hospitalsantamonica.com.br/entenda-de-uma-vez-por-todas-a-diferenca-entre-usuario-e-dependente-em-drogas/#:~:text=Enquanto%20o%20usu%C3%A1rio%20de%20drogas,sua%20vida%20em%20diversos%20aspectos.>> Acesso em: 30 ago. 2019.

JABER, Jorge. *Dependência Química*. Disponível em: <[http://www.clinicajorgejaber.com.br/curso/2014/mar\\_dependencia\\_quimica\\_jj.pdf](http://www.clinicajorgejaber.com.br/curso/2014/mar_dependencia_quimica_jj.pdf)>. Acesso em: 05 mai. 2020.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAFTUM, Alves. *Impacto Social do Uso Abusivo de Drogas para Dependentes Químicos Registrados em Prontuários*. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/cogitare/article/view/33556/21055>>. Acesso em: 24 fev. 2020.

MALULY, Jorge Assaf. *Lei nº 11.343/06*. A despenalização da posse de drogas para o consumo pessoal. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/417-lei-11-343-06-a-despenalizacao-daposse-de-drogas-para-o-consumo-pessoal.html>>. Acesso em: 24 set. 2019.

MEDEIROS, Katrucky Tenório et al. *Representações sociais do uso e abuso de drogas entre familiares de usuários*. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-73722013000200008](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722013000200008)>. Acesso em: 24 fev. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 344*, de 12 de maio de 1998. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html)>. Acesso em: 24 set. 2019.

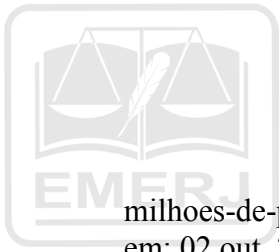
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MATO GROSSO. *Drogas e Álcool têm Relação Direta com Agressões*. Disponível em: <<https://mpmt.mp.br/conteudo/58/56375/drogas-e-alcool-tem-relacao-direta-com-agressoes>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

MONDAINI, Iêda. *Codependência*. Disponível em: <<https://clinicajorgejaber.com.br/novo/2018/11/codependente/>>. Acesso em: 05 abr. 2020.

NA. *Adicto*. É simplesmente um homem ou mulher cuja vida é controlada pelas drogas. Disponível em: <<https://www.na.org/admin/include/spaw2/uploads/pdf/ips/br/BR9130.pdf>>. Acesso em: 03 de mai. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Cerca de 246 milhões de pessoas usaram drogas ilícitas em 2013, afirma novo relatório da ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/cerca-de-246>>





milhoes-de-pessoas-usaram-drogas-ilicitas-em-2013-afirma-novo-relatorio-da-onu/. Acesso em: 02 out. 2019.

PASSOS, Letícia. *Relatos de adictos em recuperação encerram o ciclo de workshops sobre Drogas da SEDH*. Disponibilizado em: <<https://www.es.gov.br/Noticia/relatos-de-adictos-em-recuperacao-encerram-o-ciclo-de-workshops-sobre-drogas-da-sedh>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

SANTOS, Iaraçu Teixeira dos. *Dependência Química no Campo Familiar: dificuldades e consequências*. Disponível em: <<https://clinicajorgejaber.com.br/novo/2018/08/dependencia-quimica-no-campo-familiar-dificuldades-e-consequencias/>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

SILVA, César Dario Mariano da. *Lei de Drogas Comentada*. 2. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

## RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS AMEAÇAS ESPIRITUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Rhayza Vieira do Nascimento

Graduada pela Universidade Iguazu.  
Advogada.

**Resumo** – a ameaça é tipificada no Código Penal como o ato que, através de gestos, palavras ou outros meios visam causar mal injusto e grave a outrem sendo punida com detenção de um ano a seis meses e multa. Esse tipo penal é meio executório para a prática de outros crimes que exigem a ameaça para a sua tipificação, quais sejam: constrangimento ilegal, extorsão, roubo e estupro. Contudo, a ameaça exigida para configuração desses crimes pode, por vezes, ser usada de uma forma mais “injusta”, quando se usa da fé (subjéctiva) para causar maior abalo psíquico na vítima, ou seja, o agente se utiliza da vantagem de conhecer a intimidade religiosa do indivíduo para praticar a ameaça de forma isolada, ou, como meio executório de outros crimes, objetivando causar grande temor e intimidação. A isso denomina-se ameaças espirituais, reconhecida pelo STJ como meio de ameaça, devendo ser considerada a possibilidade de ser agravante ou causa de aumento de pena do tipo penal do art. 147 do CP.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Direito Constitucional. Extorsão. Crimes Sexuais. Ameaça. Mal Espiritual. Liberdade Crença. Liberdade de Culto. Agravantes.

**Sumário** – Introdução. 1. Relevância Jurídica da Religiosidade no meio social. 2. Quando a promessa de mal espiritual pode vir a configurar o crime de ameaça. 3. Da possibilidade de promessa de mal espiritual ser capitulado como agravante ou causa de aumento de pena em crimes que exigem grave ameaça para a sua tipificação. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da relevância jurídica das ameaças espirituais, as consequências que se revelam na sociedade e como é vista a sua prática no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo do presente estudo é identificar a possibilidade de ser configurada a agravante pela prática de mal espiritual em crimes que exigem como meio executório a ameaça ou grave ameaça, de forma a causar um grande temor e constrangimento à vítima que professa sua fé.

As constantes mudanças sociais fizeram com que a doutrina e a jurisprudência reconheçam a ameaça de mal espiritual como meio inidôneo para que seja configurado o crime de extorsão, conforme julgado do STJ. O reconhecimento pelo supracitado Tribunal no crime



de extorsão, faz surgir a possibilidade do reconhecimento do mal espiritual em outros crimes que exigem a ameaça para a sua prática.

A proteção dos bens de maior importância é o objeto do Direito Penal, que deve ser usado como *ultima ratio*. Entre os bens protegidos destaca-se a liberdade individual, que é o direito de manifestação da vontade, em conformidade com as normas jurídicas, dando-se especial atenção a liberdade pessoal.

Assim, o legislador visando dar efetividade à proteção desses bens atribuiu à ameaça significado mais abrangente, não se restringindo à literalidade da lei ou alcance restritivo. Contrariamente, admitiu sua prática por palavras, gestos ou qualquer meio simbólico que cause temor a outrem, incluindo ainda o nesse rol interpretativo aqueles que se usam da influência que exercem sobre a fé alheia, fragilizando fiéis em situação de vulnerabilidade.

Por isto, por ter modo de execução abrangente, é permitida a prática de ameaça através da ameaça espiritual, o que foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro capítulo busca abordar acerca da Relevância Jurídica da Religiosidade no Meio Social. Aborda-se os primeiros as relações entre direito e religião segundo entendimento de filósofos. Analisa-se a evolução da religião na humanidade e sua importância para o crescimento da sociedade, sua influência na formação de cidades, dos governos e nas relações entre os homens. A evolução do Cristianismo, o tratamento dado às almas depois da morte e a preocupação com a ritual de sepultamento. Após prestigia-se uma divindade que se considera maior que a divindade doméstica.

O segundo capítulo, por sua vez, traz os momentos em que a promessa de mal espiritual configura os crimes de extorsão e os crimes de constrangimento ilegal, roubo e estupro. Aqui busca-se o momento que diferencia a liberdade de expressão religiosa da ameaça espiritual, que é a ameaça de realização de macumba, magia negra, perseguição por espíritos e outros. Analisa-se o abalo psíquico causado à vítima pela promessa de “vingança espiritual” levando em consideração que a maioria da população possui base educacional religiosa.

Por fim, o terceiro capítulo busca defender a promessa de mal espiritual como agravante ou causa de aumento de pena no crime de ameaça e também, nos crimes que exigem àquela para que sejam tipificados. Outro fator de grande importância que deve ser analisado é a capacidade de intimidação que a ameaça espiritual causa a vítima.

A presente pesquisa é norteadada pelo método hipotético-dedutivo, de modo que o pesquisador tem a finalidade de, a partir de proposições hipotéticas, analisá-las diante do contexto fático para argumentar sua comprovação ou rejeição.



Para tanto, a abordagem do objeto dessa pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, pretendendo-se utilizar de bibliografia pertinente à temática em foco, pautada na legislação, em doutrina e jurisprudência.

## 1. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA RELIGIOSIDADE NO MEIO SOCIAL

Há muito discute-se o conceito de justiça, direito e religião, sob a ótica da ética e da moral, e, por vezes, se confundem. Durante anos, grandes filósofos discutiram o conceito de justiça. Para Platão<sup>1</sup> a justiça seria a conduta ética e seu regramento possuía raízes no além. Para o filósofo a justiça deveria agradar a Deus e a injustiça o desagradaria. A justiça seria a causa do bem para quem o pratica e seria o mal para aquele que a infringe.

Santo Agostinho<sup>2</sup> entendia que justiça é dar a cada um o que é seu, ou seja, o que lhe pertence. Para ele, havia uma constante luta entre o bem e o mal. A justiça era tida como humana e divina, de tal modo que a lei divina era fonte de inspiração para as leis humanas. Aristóteles<sup>3</sup>, discípulo de Platão, considerava justo o homem respeitador da lei e injusto o sem lei. Para o pensador, a justiça se trata de virtude.

Percebe-se então que os conceitos de direito e religião sempre estiveram interligados de alguma forma ao longo da história. Assim a busca pela análise da influência da religião no Direito no decorrer do tempo e como é feita essa percepção na atualidade é o cerne do presente artigo, pois propõe uma interdisciplinariedade entre a lei formal e positivada e as concepções religiosas.

A religião e o poder estiveram lado a lado em vários momentos na história da humanidade. Ainda hoje alguns povos e culturas usam a religião como modelo de conduta e de vida social. As mais antigas gerações acreditavam em uma segunda existência após a vida

---

<sup>1</sup> Platão: discípulo de Sócrates, que tinha como filosofia o dualismo, onde para que atinja-se o conhecimento converte-se o sensível ao inteligível. GUIA DO ESTUDANTE. *Platão*: Entenda o dualismo platônico e o Mito da caverna. 2017. Disponível em <<https://guiadoestudante.abril.com.br/especiais/platao/>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

<sup>2</sup> Santo Agostinho: filósofo e importante teólogo cristão que tinha concepções sobre as relações entre a fé e a razão, entre a Igreja e o Estado. FRAZÃO, Dilva. *Biografia de Santo Agostinho*. 2019 Disponível em <[https://www.biografia.com/santo\\_agostinho/](https://www.biografia.com/santo_agostinho/)>. Acesso em: 06 jul. 2020.

<sup>3</sup> Aristóteles: tinha como filosofia a teorética: deve decifrar o enigma do Universo, em face do qual a atitude inicial do espírito é o assombroso do mistério. PUC/SP. *Aristóteles*. Disponível em <<https://www.pucsp.br/pos/cesima/schenberg/alunos/paulosergio/filosofia.html>>. Acesso em: 06 jul. 2020.



terrena. Para eles a morte era vista como uma simples passagem, uma mudança de vida e não como dissolução do ser.

Exemplifica-se, italianos e gregos em suas crenças, uma vez que acreditavam que a alma não iria para um mundo estranho, apenas passariam para uma segunda existência. Para eles a alma permanecia bem perto dos vivos e continuava a pairar sobre a terra. A partir dessa crença primitiva derivou-se a necessidade do sepultamento para guardar o corpo, desta feita, a alma seria fixada nessa morada que lhe convinha para a sua segunda vida. Para tanto, era necessário que o corpo ao qual a casa permanecia fosse coberto de terra.

Havia, naquela época, profundo receio por parte do indivíduo que, após a sua morte os demais não observassem os ritos para seu sepultamento. Era de grande angústia e preocupação o não cumprimento dos rituais. Na verdade, temia-se menos a morte em si. O medo maior era a privação da sepultura, do ritual pós morte, pois sem ele haveria felicidade e nem repouso eterno.

Outra crença dessas antigas gerações era de que o homem vivia no túmulo, que a alma não se separava do corpo e que ela permanecia presa a parte do solo em que os ossos eram enterrados. Uma vez posto o corpo no túmulo, o homem não tinha nenhuma conta a prestar sobre a sua vida pregressa.

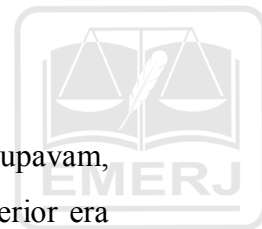
O que se visa demonstrar é que essas crenças levaram a formação de regras de conduta. Os mortos eram vistos como seres sagrados e a família, que ainda viva, os veneravam e em seus pensamentos cada morto representava deus próprio deus. Assim, estabeleceu-se a religião da morte, a mais antiga da raça humana.

Os dogmas da religião da morte desapareceram rapidamente, mas seus ritos duraram até o triunfo do cristianismo<sup>4</sup>, entretanto, ainda hoje, os hindus continuam a fazer oferendas aos antepassados. A morte foi então o primeiro mistério “descoberto” pelo homem elevando o pensamento do visível para o invisível. O indivíduo deixa de ver o humano e passa a observar o divino.

Após essa fase, surgiu o culto do fogo, como se este representasse uma divindade. O fogo era considerado a alma dos mortos antes cultuados que ficavam dentro das casas. Assim, substituiu-se os corpos pelo fogo.

---

<sup>4</sup> MICHAELIS. *Cristianismo*: Doutrina de Cristo conhecida através dos Evangelhos. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/cristianismo/>>. Acesso em: 06 jul. 2020.



Algumas famílias formavam grupos e nos momentos em que elas se agrupavam, cultuavam uma divindade superior às suas divindades domésticas. A divindade superior era comum a todas as pessoas do grupo. Com o passar do tempo, quando a divindade de uma família adquiria prestígio entre os demais grupos, pois representava o sucesso e prosperidade para daquela família, toda a cidade queria cultuá-la para obter o mesmo êxito e sucesso daquela família.

Ressalta-se que o culto dos mortos não se assemelha ao culto dos santos pelos cristãos, pois uma das primeiras regras daquele culto era de que cada família só podia cultuar os mortos de sua descendência. Descoberto o que acontecia após a morte, o mistério para os antigos povos passou a ser a geração da vida, e entendeu-se que o criador era um ser divino. Assim, a ideia de religiosidade e a sociedade humana iriam crescer juntos até a atualidade.

O Estado ficou intimamente ligado à religião. As cidades surgiam e cresciam juntamente com o pensamento religioso das antigas gerações. Por isso, diversas vezes em uma cidade, todas as instituições políticas haviam sido instituições religiosas.

Posteriormente, passou-se a conceber a ideia de natureza imaterial. Como os homens compreendiam a morte de forma diversa das antigas gerações, as crenças de culto da morte não estavam mais à altura do espírito humano. Acreditavam que o divino era algo elevado demais para se comparar com os mortos.

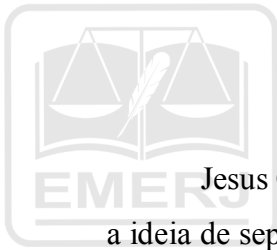
Após, vieram os sofistas que propagaram novos princípios e ideias de uma nova justiça. Ensinaram aos gregos que para governar um Estado não bastava mais invocar os velhos costumes e as leis sagradas, mas era preciso também fazer uso da persuasão para que o homem agisse sobre as vontades livres.

O fim da sociedade antiga é marcado pelo Cristianismo<sup>5</sup>, sendo o fim da transformação social iniciada nos séculos anteriores. Essa nova religião dá luz ao Direito, estabelecendo as relações e o governo entre os homens. A opinião do homem passou a ser sua própria divindade e a partir disso a sociedade se modificou.

Com as mudanças no Governo e no Direito, a religião deixa de ser altamente associada ao Estado. O Cristianismo passou a ser a nova forma de adoração, se revelando a adoração de todos os homens a um Deus único.

---

<sup>5</sup> Ibid.



Jesus Cristo<sup>6</sup>, em seus ensinamentos, diz que seu reino não é desse mundo, dando assim a ideia de separação de religião e governo. Por não ser terrestre, a religião deveria se envolver o mínimo possível com as coisas da Terra. Ensina ainda “dar a Deus o que é de Deus e a Cesar o que é de Cesar, e é neste ponto que se considera a total dissociação de Estado e Religião.

A natureza do direito mudou pelo fato de Estado não ter mais uma religião oficial, as regras dos homens e do governo mudaram pra sempre. Entretanto, vê-se forte influência da religião na sociedade.

## 2. QUANDO A PROMESSA DE MAL ESPIRITUAL PODE VIR A CONFIGURAR O CRIMES DE AMEAÇA.

O Brasil, claramente, é um Estado onde as leis necessitam ter forte conteúdo axiológico e promover de forma eficiente a garantia de direitos humanos. Ao mesmo tempo, essas garantias funcionam como limites ao exercício arbitrário do poder estatal.

Cumpra ao Estado a manutenção da paz social, sendo de sua responsabilidade manter o equilíbrio das relações entre os indivíduos, como integrantes de uma sociedade que necessita ser tutelada. A democracia contemporânea é tida como de instrumento de valores essenciais de convivência humana, que representa o direito fundamental do homem.

Para Paulo Bonavides<sup>7</sup> a democracia qualifica o Estado de Direito, e assim, foram colocadas na Constituição Federal de 1988 regras que possuem a finalidade de assegurar ao Estado a realização de seus fins. Assim sendo, fala-se garantias constitucionais em sede de matéria processual penal, tendo por exemplo o devido processo legal, ampla defesa, legalidade, contraditório, duração razoável do processo e outros.

Com efeito, em um Estado Democrático de Direito, deve ser reconhecida a intervenção do poder estatal para afastar a liberdade de locomoção da pessoa, uma que sejam respeitadas todas as limitações ao jus puniendi estatal. Se assim não fosse, estaríamos diante de um Estado autoritário, dominador e arbitrário.

Desta feita, é importante averiguar a chamada ameaça de mal espiritual, que é considerada conduta típica pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no REsp.

<sup>6</sup> BÍBLIA, N. T. João. In: *BÍBLIA*. Sagrada Bíblia Católica: Antigo e Novo Testamentos. Tradução: José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008. p. 1409.

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 100



1.299.021/SP<sup>8</sup>, estando de acordo com os preceitos do Estado Democrático de Direito, se dele de aproxima ou se afasta.

O crime de ameaça está previsto no art. 147 do Código Penal<sup>9</sup>. Encontra-se no capítulo VI do Código Penal - Dos Crimes contra a liberdade individual, mais precisamente na seção I, tratando-se de tipo penal que pretende tutelar a liberdade individual.

Para Hungria<sup>10</sup> é possível observar que a ameaça decorre da conduta intencional do agente que retira da vítima sua paz de espírito. Para melhor compreensão dos motivos que ensejaram a objetividade jurídica do crime em tela, é importante salientar o seguinte:

Um dos fatores desnormalizantes da vontade ou perturbadores da liberdade de querer e agir é o medo. Sob influência do medo, o indivíduo sofre uma constrição moral, uma quebra de sua isenção de ânimo, uma restrição à espontaneidade de sua conduta. O homem intimidade deixa de estar integrado na plenitude de sua autonomia volitiva.

Assim sendo, compreende-se que a conduta de ameaçar retira da vítima seu estado de tranquilidade interna, ao passo que fica prejudicada a sua "paz de espírito", destinadas a prevenção do delito. Ademais, também é retirada da vítima a sua paz externa, uma vez que, como estará profundamente atemorizada, obrigar-se-á a realizar ações positivas ou negativas, referente às privações a que será subordinada.

A ameaça afeta a liberdade pessoal da vítima e, conseqüentemente, afeta também a autonomia da vontade.

O texto penal traz em seu corpo a possibilidade de configuração do delito: utilizar de palavras, escritos ou gestos para intimidar a vítima, além da expressão outros meios simbólicos. Trata-se de um rol exemplificativo, uma vez que ao trazer a expressão anteriormente citada amplia o campo de possibilidade de tipos de ameaças, uma vez que é impossível ao legislador prever todos os tipos e atos simbólicos que podem ser praticados na sociedade como forma de ameaça.

A ameaça é um crime formal, há consumação independente do resultado, ou seja, a intimidar a vítima. Salienta-se que a ameaça considerada em si mesma deve provocar temores/receio ao homem comum.

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1299021 SP 2012/0002922-6*, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443441956/recurso-especial-resp-1299021-sp-2012-0002922-6/relatorio-e-voto-443441977>> Acesso em: 04 mai. 2020.

<sup>9</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 04 mai. 2020.

<sup>10</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. 6. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 157.





É crime comum em relação tanto ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo. Quanto ao sujeito ativo, é comum porque pode ser praticado por qualquer pessoa, sem que se exija quaisquer qualidade especial do agente; quanto ao sujeito passivo, também pode ser qualquer pessoa, mas, desde que este tenha condições e discernimento para compreender o mal que pode vir a lhe causar profundo temor (mal futuro, injusto e grave que lhe foi informado).

Para Hungria<sup>11</sup>, a ameaça pode ser direta, indireta, explícita e implícita. Direta quando o mal anunciado se referir a própria vítima ou aos bens que lhe pertence; indireta quando o mal for lançado e desfavor das pessoas da família ou elas vinculadas; explícita é quando a intenção do agente é clara; e implícita nos casos em que não há objetividade na ameaça do autor.

Consequentemente, ensina os elementos normativos do tipo penal, a seguir: o mal anunciado deve ser futuro (a vítima há de conviver com a angústia de que o mal poderá vir se concretizar), injusto (ilícito e imoral) e grave (medida de acordo com o dano que pode ser resultante de eventual concretização do mal anunciado). O agente também, deve ter o dolo específico, que é a intenção de intimidar a vítima.

Conforme dito anteriormente, a ameaça é crime formal, ou seja, se configura independente do resultado de atemorizar a vítima. Assim, anunciado o mal futuro, injusto e grave em desfavor da vítima, está configurado o delito. Também já foi informado que a ameaça deve tirar da vítima sua paz de espírito e autonomia da vontade.

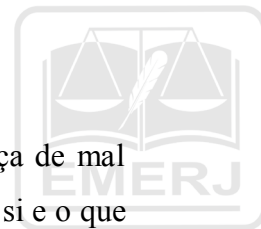
Desta forma, para Nucci<sup>12</sup>, logicamente a intimidação da vítima passa a ser compreendida como requisito essencial para a configuração do delito, pois sem ela não há que se falar em ofensa ao bem jurídico que visa proteger. Nesta medida, a análise dos fatos relativos ao delito de ameaça, requer atenção e sensibilidade do julgador, que deverá observar se o bem jurídico foi realmente lesado. Deste modo, as palavras da vítima adquirem inegável relevo probatório do crime de ameaça.

No que diz respeito a ameaça de mal espiritual deve-se redobrar a atenção, pois de acordo com o STJ, deve-se respeitar a liberdade religiosa, asseverando que cada um é um ser livre para acreditar no que bem entender e em decorrência disso, deve-se admitir que possam se sentir atemorizados por fenômenos dessa natureza. Assim, é preciso analisar se a tranquilidade psíquica da vítima sofreu algum abalo, assim como verificar se a vítima acredita na concretização desses fenômenos causados por espíritos. Essas verificações podem ser reveladas com ajuda da psicologia forense, sendo realizada por meio de perícia.

---

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 86.



Ou seja, não é qualquer expressão religiosa que pode caracterizar a ameaça de mal espiritual. A vítima deve ser inteirada das expressões, entender o que significam em si e o que podem causar e revelar temor pelo mal injusto anunciado pelo agente ameaçador

### 3. DA POSSIBILIDADE DE PROMESSA DE MAL ESPIRITUAL SER CAPITULADA COMO AGRAVENTE OU CAUSA DE AUMENTO DE PENA EM CRIMES QUE EXIGEM A GRAVE AMEAÇA PARA TIPIFICAÇÃO

Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, o crime de ameaça tem por requisito prática de mal injusto e grave apto a intimidar a vítima, conforme determinado pelo Código Penal.

Pela interpretação literal do art. 147 do Código Penal<sup>13</sup> evidencia-se que não seria possível cometer o delito de ameaça por meios espirituais. A lei abordou conceito fechado tendo como requisitos “mal injusto e grave”, tratado no artigo supracitado. Porém, no ano de 2016, o Superior Tribunal de Justiça, rompeu com o paradigma mudando seu entendimento com o já citado RE nº 1.299.021/SP passando a admitir a ameaça espiritual como meio apto de ameaça à vítima, passando adotar interpretação extensiva ao dispositivo, uma vez que o meio de execução do crime de ameaça não se delimita pela interpretação restritiva.

O legislador, preocupando-se em abarcar situações que gerassem abalo psíquico de modo mais amplo, ficou atento ao dar significado mais abrangente ao crime de ameaça. Desta feita, como o tipo penal tem amplo meio executório, pode-se afirmar que há o crime de ameaça espiritual.

A ameaça espiritual tem por embasamento a liberdade de crença, prevista constitucionalmente<sup>14</sup>. A liberdade religiosa é considerada direito fundamental, sendo uma das expressões do direito à liberdade que compõe o grupo de direitos que limitam o poder do Estado reservam um espaço de liberdade aos particulares<sup>15</sup>. Assim, entende-se que qualquer indivíduo é livre para praticar a religião que quiser uma vez que todos são iguais em direitos e deveres.

---

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>14</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 jul. 2020.

<sup>15</sup> BOBBIO, op. cit., p. 52.



A liberdade de crença possui vertentes objetiva e subjetiva<sup>16</sup>. A vertente objetiva demonstra uma organização político-administrativa do Estado que garante a livre prática de exercícios decorrentes da religião. Por vertente subjetiva, manifesta-se a, além da liberdade de crença, a de culto e a privacidade.

É possível ameaçar outrem valendo-se de suas condições peculiares, de forças espirituais, rituais de magia negra ou qualquer outro fato supersticioso que possa vir a causar temor à vítima e se concretize como ameaça. Além disso, é de suma importância observar a interferência psíquica causada na esfera pessoal da vítima devido a essa ameaça especificamente espiritual. Assim, se a vítima sente-se fortemente atemorizada e constrangida, enquadrando-se ao delito de ameaça prevista no Código Penal, resta configurado o delito.

A ameaça espiritual poder ser considerada meio executório para outros crimes que exigem a ameaça para sua tipificação. O constrangimento ilegal<sup>17</sup>, que tem como elemento do seu tipo a ameaça, atua na tutela à liberdade individual, à autodeterminação e formação da vontade.

A ameaça a esses direitos fere frontalmente a Carta Magna, uma vez que é garantia constitucional, tendo em vista que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude da lei. Logo, se a capacidade de autodeterminação é maculada através de ameaças, fazendo com que a vítima faça ou haja de modo que não era a sua vontade, caracteriza-se o constrangimento ilegal. Se há perturbação psicológica para a vítima causada pela ameaça espiritual, configura-se a ameaça.

O roubo<sup>18</sup>, tem como meio executório a violência e a grave ameaça. O mal a ser causado a vítima deve ser iminente e capaz de permitir a subtração do bem devido ao grande temor causado pela ameaça.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em seu julgado, demonstrou a importância da subjetividade, ou seja, deve ser avaliado o temor causado à vítima no momento da execução do crime. É nesse sentido a fala do Desembargador Celso Jair Mainardi<sup>19</sup>, “[...] 6. A grave ameaça necessária para configurar o delito de roubo pode ser

---

<sup>16</sup> BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. *As relações entre Religião e Estado. Notas sobre as experiências norte-americana e brasileira*. 2011. 60 f. Trabalho desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Institucional em Direitos Fundamentais (Graduação em Direito) - UERJ, Rio de Janeiro 2009.

<sup>17</sup> BRASIL. op. cit., nota 9.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> BRASIL Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. (4ª Câmara Criminal). *Apelação criminal n° 0001118-51.2017.8.16.0080*. Roubo majorado, corrupção de menores – Sentença mantida, recurso parcialmente conhecido.



traduzida em gestos, atitudes ou palavras que sejam capazes de incutir medo nas vítimas, devendo ser aferida no caso concreto. [...]”.

Tendo em vista o fato de as vítimas envolvidas com o sobrenatural serem mais sensíveis, o fato de proferir contra a pessoa ameaças jurando a ela rituais de magia negra afim de causar-lhe a morte, e usando disso para subtrair-lhe bem móvel alheio, tem configurada a ameaça espiritual como meio executório do crime de roubo.

Já a extorsão<sup>20</sup> tem como principal característica a coação que o agente causa à vítima, fazendo com que a esta faça algo que não seja de seu querer mediante o emprego de violência e grave ameaça com finalidade de auferir vantagem econômica. Neste caso, pode-se usar da ameaça espiritual para alcançar a vantagem econômica, pois neste tipo penal basta a grave intimidação para sua configuração.

O estupro<sup>21</sup> é o último tipo penal que tem por meio executório a grave ameaça. Esse tipo visa tutelar a liberdade sexual e a capacidade de dispor livremente de seu próprio corpo à prática sexual.

Nesse tipo penal, deve-se dar especial atenção à ameaça praticada contra a vítima, pois, o constrangimento nesse tipo penal causa um temor tão desproporcional que o medo e desespero fazem a vítima sujeitar-se à “conjunção carnal ou ato libidinoso”<sup>22</sup> sendo ausente a vontade para a prática de tais atos. Essa apreensão sofrida pela vítima é comparada ao mal iminente e grave, mostrando-se perfeitamente possível que a ameaça de causar mal espiritual possa fazer uma vítima de estupro.

Salienta-se que tais situações não se trata de casos isolados ou de impossível acontecimento. Recentemente o famoso médium João de Deus<sup>23</sup> foi condenado pelo crime de abuso sexual e estupro contra fiéis que frequentavam o centro espírita Dom Inácio de Loyola, que era por ele comandado no município de Abadiânia no Estado de Goiás.

---

Apelante: Danilo Provazi. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Des. Celso Jair Mainardi. Acesso em: 04 mai. 2020.

<sup>20</sup> BRASIL. op. cit., nota 9.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual* (arts. 213 a 359-H). 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 3. p. 100.

<sup>23</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Goiás. (2ª Câmara Criminal). *Habeas Corpus n° 5612504.48.2018.8.09.0000*. Habeas corpus conhecido e indeferido. Parecer acolhido. Liminar revogada. Paciente: João Teixeira de Faria. Apelado: Ministério Público do Estado do Goiás. Relator: Des.Edison Miguel da Silva Jr. Acesso em: 04 mai. 2020



Em outro caso, Sri Prem Baba<sup>24</sup>, famoso guru espiritual (SP), foi acusado de abusar sexualmente de uma das discípulas de sua comunidade. A seguidora acreditava estar realizando um recurso terapêutico para manter o casamento. O abuso teve duração de 2 anos e após esse período a vítima procurou auxílio com profissional de psicologia, percebendo então que foi abusada sexualmente pelo seu, até então, mentor.

Logo, em havendo prática de ameaça espiritual deve-se levar em consideração, além do temor causado pela ameaça, a especial condição de sensibilidade da vítima que crê no sobrenatural e confia fielmente em seu líder. O agente, conhecendo desta condição peculiar de melindre e confiança, se aproveita disto para praticar crimes de constrangimento ilegal, roubo, extorsão e estupro.

A ameaça espiritual, por todo o exposto, deve ser considerada agravante do tipo penal de ameaça, prevista no Código Penal, pois o agente se vale da vulnerabilidade e sensibilidade da vítima para a prática desses atos. Tal constatação leva em consideração a influência psicológica que a ameaça espiritual acarreta na vítima.

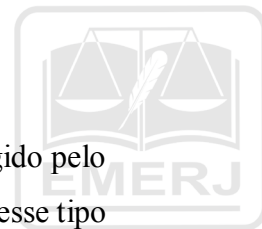
Note-se que desconsiderar a repercussão do mal espiritual resulta na tipificação mais branda ao agente que utilizou de meio de perpetrar a violência muitas vezes mais letal ao longo da vida de um indivíduo do que os considerados meios de violência real. O ordenamento jurídico visa salvaguardar os bens mais preciosos da sociedade, dentre os quais também se insere a integridade psicológica. Ora, maior proteção carece ser conferida ao bem jurídico, a crença, que encontra ampla proteção na Carta Magna e dos diplomas infraconstitucionais, quando utilizada como instrumento de crime, rechaçando-se seu emprego através de uma resposta penal adequada.

## CONCLUSÃO

A problemática do modo executório do crime de ameaça se deve ao fato de que a não há rol taxativo e não se faz interpretação literal ao artigo 147 do CP. A ameaça tem amplo meio executório podendo ser realizada através de palavras, gestos ou qualquer outro modo que possa causar profundo temor e intimidação ao indivíduo. O legislador, preocupado em não conseguir dar efetividade ao dispositivo, pois é impossível descrever no código todas as formas previsíveis de ameaça devido à grande imaginação das pessoas, determinou que fosse feita uma interpretação extensiva do artigo.

---

<sup>24</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. *Discípulos acusam guru espiritual Prem Baba de abusar de mulheres*. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/08/discipulos-acusam-guru-espiritual-prem-baba-de-abusar-de-mulheres.shtml>>. Acesso em: 04 mai. 2020



Visando a evitar qualquer prejuízo à vítima e a má tutela ao bem jurídico protegido pelo delito de ameaça, o Superior Tribunal de Justiça entende pela interpretação extensiva desse tipo penal. Logo, devido ao amplo meio executório o STJ entendeu pela possibilidade do reconhecimento da ameaça espiritual, sendo aquela em que o agente conhecendo sentimento religioso da vítima, se aproveita deste fato para a prática de outros tipos penais.

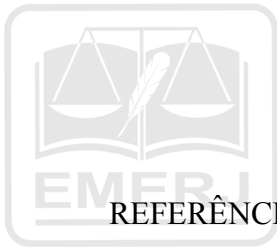
É possível verificar que através da ameaça, há a execução de outros crimes como constrangimento ilegal, extorsão, roubo e estupro. A ameaça fica absorvida por estes, pois são mais graves e exigem a prática de mal injusto e grave como meio executório.

Um dos principais fatores que deve-se atentar é levar em conta a subjetividade da vítima quando da prática da ameaça espiritual, pois, se vítima é descrente do sobrenatural não resta configurada a promessa de mal sobrenatural. Caracteriza-se a ameaça simples do caput do artigo 147 do CP.

De certo, o sentimento de religiosidade na sociedade brasileira tem fortes raízes europeias, originárias do cristianismo e divididas em catolicismo e protestantismo. Qualquer outra religião que não obedecesse aos preceitos cristãos mais tradicionais era vista como impura e satanista, não era considerada “de Deus”. Daí as raízes do forte preconceitos de religiões que apreciam o sobrenatural.

O Estado, ao assumir sua laicidade contribui para o sentimento de liberdade religiosa, liberdade de culto, intimidade religiosa, sendo qualquer cidadão livre para a prática qualquer culto. Entretanto, o fato de o Estado brasileiro se tornar laico, apesar de garantir a liberdade religiosa, não garantiu o fim do preconceito com religiões de matrizes africanas ou que não cultuam a Jesus Cristo. Um dos países com mais diversidade religiosa é o que mais pratica a crimes contra o sentimento religioso por puro preconceito. A religiosidade que é tão forte, as vezes torna pessoas capazes de pensarem por si próprias, ou de assumirem o controle de suas vidas.

A pessoa, profundamente tomada pelo sentimento de religiosidade independente do culto que pratica, torna-se, de certa, forma, mais sensível ao mundo exterior, tendo maior ligação com o sobrenatural, acreditando fidedignamente na influência de entidades espirituais em sua vida. Assim, o indivíduo que pratica contra outrem mal injusto ou grave combinado com promessas de rituais de magia negra, trabalhos espirituais, aproveitando-se do sentimento de confiança e fé da vítima, pratica a ameaça espiritual. Não se trata de ameaça comum, é uma ameaça que se aprofunda as camadas mais íntima da psique da vítima e por isso, deve ser considerada como um tipo de agravante do crime de ameaça comum quando da dosimetria da pena de crimes que exigem mal injusto e grave.



## REFERÊNCIAS

BÍBLIA, N. T. João. In: BÍBLIA. Sagrada Bíblia Católica: Antigo e Novo Testamentos. Tradução: José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008. p. 1409.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Goiás. (2ª Câmara Criminal). *Habeas Corpus nº 5612504.48.2018.8.09.0000*. Habeas corpus conhecido e indeferido. Parecer acolhido. Liminar revogada. Paciente: João Teixeira de Faria. Apelado: Ministério Público do Estado do Goiás. Relator: Des. Edison Miguel da Silva Jr. Acesso em: 04 mai. 2020

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União, Brasília, nº 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código penal*: Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Brasília, p. 23911, 31 dez. 1940. Seção 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código de processo penal*: Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial de União, Brasília, p. 19699, 13 out. 1941. Seção 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. (4ª Câmara Criminal) – *Apelação criminal nº 0001118-51.2017.8.16.0080* – Roubo majorado, corrupção de menores – Sentença mantida, recurso parcialmente conhecido. Apelante: Danilo Provazi. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Des. Celso Jair Mainardi. Acesso em: 04 mai. 2020

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial* – Estelionato e extorsão – Recurso parcialmente conhecido e não provido. Recorrente: Priscila Estephanovichil. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 14 de fevereiro de 2016. Acesso em: 04 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. (4ª Câmara Criminal). *Apelação criminal nº 0001118-51.2017.8.16.0080*. Roubo majorado, corrupção de menores – Sentença mantida, recurso parcialmente conhecido. Apelante: Danilo Provazi. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Des. Celso Jair Mainardi. Acesso em: 04 mai. 2020.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). V. 2. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito penal*: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual (arts. 213 a 359-H). V.3.16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.



FOLHA DE SÃO PAULO. *Discípulos acusam guru espiritual Prem Baba de abusar de mulheres*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/08/discipulos-acusam-guru-espiritual-prem-baba-de-abusar-de-mulheres.shtml>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

GLOBO. *João de Deus é condenado a 19 anos de prisão por crimes sexuais contra quatro mulheres*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2019/12/19/joao-de-deus-e-condenado-a-19-anos-de-prisao-por-crimes-sexuais-em-abadiania.ghtml>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

KARDEC, Allan. *O livro dos espíritos: os princípios da doutrina espírita sobre a imortalidade da alma, a natureza dos espíritos e suas relações com os homens, as leis morais, a vida presente, a vida futura e o futuro da humanidade, segundo o ensinamento dado pelos espíritos superiores com o concurso de diversos médiuns*. Tradução de: Maria Lúcia Alcântara de Carvalho, Rio de Janeiro: CELD. 2008.

LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

UERJ. As Relações entre Religião e Estado. Notas sobre as experiências Norte-Americana e Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro* v.1, n. 19, jun./dez 2011. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfd/uerj/article/view/1718/1364>>. ACESSO EM: 05 mai. 2020.





## A APLICAÇÃO DOS REGIMES DE PRECATÓRIOS E DE IMPENHORABILIDADE DE BENS NA EXECUÇÃO CONTRA EMPRESAS ESTATAIS

Ricardo Zacharski Júnior

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogado da Empresa Pública Federal Casa da Moeda do Brasil.

**Resumo** – as empresas estatais no cenário brasileiro, embora previstas genericamente no Decreto-Lei 200/1967, ganharam delineamento jurídico especial na Constituição da República Federativa de 1988, e somente tiveram seu estatuto criado com a Lei nº 13.303/2016 - Lei das Estatais. Até então, coube à doutrina e jurisprudência o papel de dar os contornos jurídicos aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista diante das plúrimas repercussões que seu tratamento possui nos mais diversos ramos do direito. A essência do presente artigo é abordar o tratamento que os tribunais vêm dando em execuções contra as empresas estatais, considerando as peculiaridades do regime de precatórios e impenhorabilidade de bens públicos em face da natureza de direito privado que estas pessoas jurídicas ostentam, e o tipo de atividade que exercem.

**Palavras-chave** - Direito Constitucional. Processo Civil. Execução. Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Regime de Precatório. Impenhorabilidade de Bens.

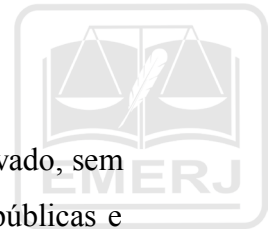
**Sumário** – Introdução. 1. O regime constitucional das empresas estatais frente à dicotomia entre atividades econômicas concorrenciais e prestação de serviço público tipicamente estatal. 2. A extensão da aplicação dos regimes de pagamento por precatório e de impenhorabilidade de bens às estatais não concorrenciais. 3. A prevalência do regime de direito público ao de direito privado para estatais híbridas. Conclusão. Referência.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro às empresas estatais quando há uma execução forçada contra seu patrimônio, diante da previsão constitucional de regime de precatório e impenhorabilidade de bens públicos (regime de direito público) e da determinação de sua submissão às regras próprias de direito privado.

O objetivo desse estudo é identificar os tipos de empresas estatais a partir da natureza das atividades que exercem, bem como as normas aplicáveis (de direito público ou privado) a depender do caso, inclusive em situações híbridas, quando são executadas judicialmente para a satisfação de créditos por elas devidos, objetos de cobranças.

No primeiro capítulo, apresenta-se a problemática referente ao desenho constitucional feito para as empresas estatais, submetendo-as a um só tempo ao regime de direito público por



serem integrantes da administração pública indireta, e ainda, ao regime de direito privado, sem ter o constituinte originário ponderado as situações fáticas nas quais as empresas públicas e sociedades de economia mista possam se inserir, ora exercendo atividades econômicas concorrenciais, ora prestando serviços públicos típicos de estado.

A partir daí, segue-se ponderando sobre a aplicabilidade das normas próprias da execução contra a fazenda pública às empresas estatais, mormente quanto ao regime de execução por precatórios, e de impenhorabilidade dos bens para estatais não concorrenciais.

No terceiro capítulo, avalia-se a questão atinente às estatais consideradas híbridas, ou seja, que possuem como objeto de empresa, ao mesmo tempo, a exploração de atividades econômicas, sem prejuízo da prestação de serviço público típico de estado, em regime de exclusividade legal ou de monopólio constitucional.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que se pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais se 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 desse objeto é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1. O REGIME CONSTITUCIONAL DAS EMPRESAS ESTATAIS FRENTE À DICOTOMIA ENTRE ATIVIDADES ECONÔMICAS CONCORRENCIAIS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO TÍPICAMENTE ESTATAL

Tradicionalmente, pelo art. 4º, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 – DL nº 200/1967<sup>1</sup>, a Administração Pública divide-se em Direta e Indireta. Carvalho Filho<sup>2</sup> leciona ser essa divisão fruto da necessidade de desconcentração (desmembramento orgânico interno para prestação de serviço público) e descentralização (transferência da execução de atividade estatal a outra pessoa jurídica), de modo a permitir ao Estado uma atuação eficiente e eficaz, a partir da especialização para atingimento da finalidade pública que lhe é ínsita.

<sup>1</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 200*, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2019.

<sup>2</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 428.



A Administração Indireta conta, portanto, com pessoas jurídicas diferentes dos entes federativos que compõem a Direta: autarquias públicas, fundações públicas, e empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), conforme art. 4º, II do DL nº 200/1967<sup>3</sup>.

Meirelles<sup>4</sup> e outros autores há muito já se referiam às empresas estatais como entidades empresariais, assim consideradas por possuírem personalidade jurídica própria (como as entidades autárquicas e as fundacionais de direito público, integrantes da Administração Indireta). Contudo, esclarecem que a peculiaridade daquelas entidades está em sua natureza jurídica, a saber, de pessoa jurídica de direito privado. A partir daí, vê-se que o regime das entidades empresariais segue todo um conjunto de regras e princípios igualmente peculiar, e teoricamente destacado em relação às autarquias e fundações públicas.

Ao tratar da ordem econômica, de acordo com o art. 173, a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB<sup>5</sup> dispôs que, ressalvados os casos nela previstos, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só é permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo. Ocorre que a exploração de atividade econômica pode, por vezes, traduzir também uma prestação de serviços públicos essenciais.

Eros Grau<sup>6</sup>, ao se referir à ordem econômica na CRFB de 1988, partiu de um conceito precipuamente jurídico, e a traduziu como o conjunto de normas institucionalizadas que define um modo de produção econômica. Nesse sentido, em razão de seu art. 170 agasalhar elementos de sistemas capitalistas e socialistas, sua conjugação com o art. 173 acaba apontando para uma clara opção da Constituição<sup>7</sup> por um sistema de menor intervencionismo estatal.

Em regra, pela CRFB<sup>8</sup>, não pode o Estado intervir na ordem econômica, salvo para regulá-la (art. 174), ou prestar serviço público diretamente ou por delegação (art. 175). Excepcionalmente, em caso de atuação direta para exploração de atividade econômica, exige-se que isso se dê quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou diante de relevante interesse coletivo (art. 173), na forma da lei.

Neste último caso excepcional (e mesmo para a prestação de serviços públicos), permite-se que o Estado crie entidades empresariais que integrarão a Administração Indireta, mas terão personalidade de direito privado, na forma do art. 173, § 1º da CRFB<sup>9</sup>. Caso o faça

<sup>3</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 70.

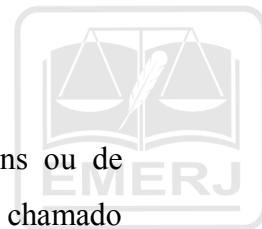
<sup>5</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2019.

<sup>6</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 53.

<sup>7</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid.



para que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, o constituinte exigiu a elaboração de lei a estabelecer o chamado “estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias”. Para o caso de prestação de serviços públicos, não houve menção a essa necessidade.

A jurisprudência então passou a verificar que o regime jurídico das entidades empresariais poderia sofrer maior ou menor influência do direito público e do privado, a depender do tipo de atividade que cada uma exerça. Caso se trate de uma estatal que presta serviços públicos por delegação legal (outorga legal), seu regime pode se aproximar mais ao do direito público. Ao revés, se exploradora de atividade econômica, o art. 173, § 1º, II da CRFB<sup>10</sup> impõe-lhe regras do regime próprio das empresas privadas, ressalvadas as regras de direito público previstas (p.ex.: licitação; princípios da administração pública; concurso público; etc.).

Isso impõe um exercício crucial para a verificação do regime incidente (público ou privado) pelo aplicador do direito em duas etapas: avaliar aprioristicamente se a estatal exerce exploração de atividade econômica ou se presta serviço público *stricto sensu*; e verificar pragmaticamente a preponderância caso cumule ambas as atividades no exercício da empresa<sup>11</sup>.

A grande dificuldade em aplicar determinadas regras e princípios às empresas estatais está no fato de não haver homogeneidade quanto às normas cabíveis, considerando as variadas repercussões jurídicas nas quais tal definição pode se desdobrar. Agrava a situação a ausência de segura previsão legal que conduza ao mero trabalho de subsunção do fato à norma. Em razão disso, o Poder Judiciário tem papel fundamental para delinear o regime jurídico incidente nos casos concretos submetidos à sua apreciação, considerando as consequências nos mais variados ramos do direito, como no direito tributário, processual, civil, administrativo, etc.

Quanto à ausência de homogeneidade, cite-se os casos de duas estatais, com natureza de empresa pública federal, que traduzem a situação. A Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, em matéria tributária, foi considerada como destinatária da imunidade material recíproca pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em razão do art. 150, VI, a da CRFB<sup>12</sup>, no julgamento

---

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Tome-se a palavra “empresa” como instituto de direito empresarial extraído do conceito de empresário do Código Civil de 2002: “art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. (BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2019).

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.



do Recurso Extraordinário nº 601.392/PR<sup>13</sup>. Igualmente, para a Casa da Moeda do Brasil – CMB no Agravo Regimental em Tutela Antecipada na Ação Civil Originária nº 2.179<sup>14</sup>

O STF, ao tratar das mesmas entidades, mas quanto ao regime do direito processual e em matéria de execução, entendeu que a ECT estaria equiparada à Fazenda Pública, e por isso gozaria de prazos em dobro, de impenhorabilidade de seus bens, de isenção de custas, bem como do direito pagar os valores de suas condenações por meio de precatórios (Recurso Extraordinário nº 220.906)<sup>15</sup>. Porém, quanto à CMB, entendeu que sua equiparação à Fazenda Pública seria garantida, além dos casos de imunidade tributária recíproca, para fins de impenhorabilidade de bens, e para o direito de pagar por precatórios (Recurso Extraordinário nº 1.009.828)<sup>16</sup>, não tendo enfrentado as questões da isenção ou do prazo em dobro.

Em razão disso, verifica-se ser possível a aplicação de regimes próprios da Fazenda Pública às empresas estatais, no que tange à execução, conforme decisões reiteradas da mais alta Corte do país. Porém, isso dependerá da avaliação do tipo de atividade que exercem, a saber, se atuam na exploração de atividade econômica ou na prestação de serviço público, e de outras regras legais incidentes em cada caso.

## 2. A EXTENSÃO DA APLICAÇÃO DOS REGIMES DE PAGAMENTO POR PRECATÓRIO E DE IMPENHORABILIDADE DE BENS ÀS ESTATAIS NÃO CONCORRENCIAIS.

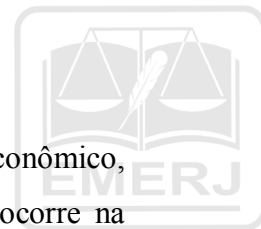
Traçada a existência de multiplicidade de tratamento pelo Poder Judiciário às estatais, nos mais variados ramos do direito, passa-se a abordagem específica da questão da execução contra empresas públicas ou sociedades de economia mista, prestadoras de serviços públicos, em regime não concorrencial.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 601392 ED*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000273426&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

<sup>14</sup> BRASIL. *ACO nº 2179 TA-AgR*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000251172&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

<sup>15</sup> BRASIL. *RE nº 220906*. Relator Min. Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000096722&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

<sup>16</sup> BRASIL. *RE nº 1009828*. Relator Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000272166&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 abr. 2019



Vicente Bagnoli<sup>17</sup> bem avaliou que o Estado pode atuar no domínio econômico, segundo permissivo constitucional, sob duas perspectivas: a) diretamente, como ocorre na prestação de serviços públicos ou em atividades em regime de “monopólio”; b) indiretamente, nas funções de regulador e fiscalizador. Tal atuação reflete, respectivamente, as possibilidades extraídas dos artigos 173 e 174 da CRFB/1988<sup>18</sup>.

Eros Grau<sup>19</sup>, por sua vez, detalha com tecnicidade o tema, dispondo que o assim o faz por meio de quatro intervenções: a) absorção, quando toma para si a atuação em determinado setor da economia; b) participação, quando entra como participante ao lado do particular, disputando o mercado com o setor privado; c) direção, quando estabelece normas (e as fiscaliza) a serem cumpridas pelo setor privado; d) indução, quando firma políticas de incentivos e benefícios para o setor privado em razão de justas peculiaridades (localização, tipo de mercado, quantidade de agentes, necessidade de fomento de atividade, entre outros).

Desse modo, quando o estado necessita intervir no domínio econômico para exercer qualquer atividade econômica, estaria em tese atuando em uma intervenção por participação (visto que pode haver outros *players* no mercado). Por sua vez, ao tomar para si uma atividade de forma a excluir a atuação de outros participantes, ainda que haja interesse desses, estaria então o estado atuando em intervenção por absorção (como no “monopólio” e exclusividade).

Mas seria possível diferenciar a atuação monopolística de outra em regime de exclusividade? A resposta é extraída dos históricos debates travados na ADPF 46<sup>20</sup>, sobre o emblemático caso do “monopólio” da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), em que o Supremo Tribunal Federal consignou que a atividade econômica (*lato sensu*) se subdivide em duas espécies: a) serviço público; b) atividade econômica em sentido estrito.

Segue dizendo que o serviço público, mesmo como atividade econômica (*lato*), em regra segue o regime de exclusividade, ou seja, em situação de privilégio estatal. De outro modo, o monopólio, no sentido mais técnico da palavra, estaria voltado para hipóteses nas quais a exploração de uma atividade econômica em sentido estrito é feita pelo Estado (a despeito de vulgarmente ser utilizado o verbete para referir-se a serviço público).

Da leitura do voto do Ministro Eros Grau, que divergiu do Ministro Marco Aurélio, é possível ver que a tese vencedora se fiou na necessária separação dos conceitos do que seja

<sup>17</sup> BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 107.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>19</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 143.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 46*. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000161482&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 fev. 2020.



serviço público e atividade econômica em sentido estrito. E, a partir disso, verifica-se que é inaplicável o regime da livre iniciativa e da livre concorrência para os serviços públicos, na forma do art. 173 da CRFB<sup>21</sup>, como desejaram os autores da ADPF, vencidos ao final.

Em outras palavras, entendeu-se que a atividade econômica em sentido estrito é que deve ser alcançada pela livre iniciativa e livre concorrência. Por sua vez, o serviço público está regido pela ideia de privilégio estatal, sendo sua titularidade acometida de forma exclusiva ao ente federativo, podendo ele, conforme conveniência e oportunidade, exercer diretamente essa atividade, outorga-la a um integrante da administração pública (ainda que indireta), ou delega-la ao particular mediante concessão negocial, em respeito ao art. 175 da CRFB<sup>22</sup>.

Diferenciados então os conceitos de monopólio e de privilégio estatal (este, para serviços públicos), vê-se então que o estado, ao intervir no domínio econômico para prestar serviço público, o faz com base em uma situação de privilégio quando atua em exclusividade (ou seja, de forma a excluir os particulares da possibilidade de exercício dessa atividade econômica em sentido lato). Tal privilégio, segundo Ruy Barbosa<sup>23</sup>, funda-se em razão de se confiar o exercício exclusivo de certas faculdades ao uso da Administração Pública, objetos de privilégios exclusivos, seja para execução direta pelo ente federativo, seja por execução indireta (quer por outorga ou delegação legal a outro ente integrante da Administração; ou ainda, por delegação negocial, via concessão de serviços públicos).

Ao optar por realizar uma outorga de serviço público, o ente federativo então dispõe não da natureza jurídica ou titularidade do serviço público que possui como privilégio exclusivo. Ao revés, promove a mera transferência da execução de tais serviços, não aos particulares em geral, mas sim a um integrante da administração indireta (em geral, às empresas estatais, segundo Helly Lopes<sup>24</sup>).

Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal veio então delineando que, quando o ente federativo, detentor da titularidade de um serviço público em regime de privilégio exclusivo, realiza uma outorga (delegação legal) a uma empresa estatal, estaria então constituindo verdadeira *longa manus* da execução daquele determinado serviço.

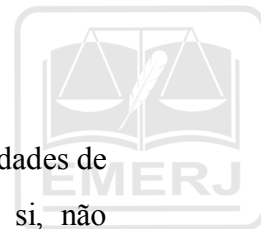
---

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> BARBOSA, Ruy. *Os privilégios exclusivos na jurisprudência constitucional dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Empresa Photo-Mechanica do Brasil, 1911, p. 13-15.

<sup>24</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 437.



Carrazza<sup>25</sup>, com maestria, elucida que o só fato de empresas públicas ou sociedades de economia mistas possuírem natureza de pessoas jurídicas de direito privado, por si, não desnatura o fato material de que tais estão, em essência, operando em nome das pessoas públicas que lhes outorgaram a execução da atividade, com a finalidade de alcançar o bem comum. Daí serem consideradas verdadeiras extensões do próprio ente federativo que legalmente os institui e lhes delega o serviço público.

Exatamente por isso, em razão da delegação do serviço público por outorga (isto é, por lei) à entidade da administração pública indireta, é que o STF desenvolveu o entendimento de que o regime de privilégio (oriundo da exclusividade mantida na Administração Pública, ainda que na dimensão Indireta) faz com que as prerrogativas materiais se estendam às estatais nessa condição, visando a proteção do interesse público primário.

Uma das mais importantes aplicações desse entendimento é a consolidada posição da Suprema Corte no sentido de aplicar a estas empresas estatais o regime de direito público quando de suas execuções em juízo, inclusive no que tange ao tema da impenhorabilidade dos bens, bem como de execução por precatório de que trata o art. 100 da CRFB<sup>26</sup>.

Como se sabe, na fase ou no processo de execução contra devedor solvente por quantia certa, é possível que o magistrado determine medidas materiais para a satisfação do crédito exequendo em favor do exequente, como penhora sobre bens e direitos com efeitos imediatos, ainda que haja impugnação pelo executado (art. 525, § 6º do CPC<sup>27</sup>). No entanto, em razão do regime especial de precatórios previsto no art. 100 da CRFB<sup>28</sup>, o procedimento de execução por quantia certa contra a fazenda pública segue o rito do art. 534 e seguintes do CPC, sendo seus bens impenhoráveis (art. 833, I, do CPC)<sup>29</sup>.

Ao analisar o caso da Casa da Moeda do Brasil, pessoa jurídica de direito privado<sup>30</sup>, empresa pública integrante da Administração Indireta<sup>31</sup>, o STF, no RE nº 610.517 AgR / RJ<sup>32</sup>, entendeu que a outorga do serviço, por meio de delegação legal, pela União Federal à empresa

<sup>25</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 798-801.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>27</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2020.

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 27.

<sup>30</sup> BRASIL. *Lei nº 5.895*, de 19 de julho de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5895.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5895.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2020.

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 610517 AgR*, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000207249&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 fev. 2020.





governamental “não descaracteriza a estatalidade do serviço público”, e “não implica alteração do regime jurídico de direito público [...] que incide sobre a referida atividade”.

Sobre a impenhorabilidade dos bens e do regime de precatórios, aquela Corte decidiu da mesma forma, sobre sua aplicação para diversas empresas estatais, como para a ECT<sup>33</sup>; para a Casa da Moeda do Brasil<sup>34</sup>; e para a INFRAERO<sup>35</sup>; dentre outras.

Com isso, firmou-se essa extensão no fato de que, além de se tratar de prestação de serviço público (e por isso, em regime de privilégio exclusivo), não há qualquer atuação dessas empresas estatais em regime de concorrência no mercado. Ademais, se os titulares dos serviços possuem as prerrogativas de impenhorabilidade e pagamento por precatório, as empresas estatais criadas para funcionar como *longa manus* do estado também deveriam gozar dessas prerrogativas, em nome do interesse público primário.

### 3. A PREVALÊNCIA DO REGIME DE DIREITO PÚBLICO AO DE DIREITO PRIVADO PARA ESTATAIS HÍBRIDAS.

Após o Supremo Tribunal Federal, por meio de inúmeros precedentes citados, asseverar a necessidade de estender a aplicação dos regimes de pagamento por precatório e de impenhorabilidade de bens às estatais não concorrenciais, por força do art. 100 da CRFB<sup>36</sup>, surgiu aos juristas e operadores do direito uma dúvida jurídica baseada na situação de fato pela qual se verifica que, raramente, uma empresa pública ou sociedade de economia mista exerce apenas, e tão somente, um tipo de atividade.

Em verdade, a realidade das estatais veio se alterando desde suas constituições, iniciando suas configurações de pessoas jurídicas de direito privado, mas ainda integrantes da administração pública indireta, ao longo do último século<sup>37</sup>. Porém, com a edição de novas

<sup>33</sup> BRASIL. *RE n° 393032 AgR*, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000160816&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 fev. 2020.

<sup>34</sup> BRASIL. *RE n° 1009828 AgR*, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000279939&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 fev. 2020.

<sup>35</sup> BRASIL. *RE n° 627242 AgR*, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000262471&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 fev. 2020.

<sup>36</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>37</sup> No âmbito federal, é possível consultar a lista das empresas estatais da União Federal, por meio de consulta ao Relatório Empresas Estatais Federais no *website* do Ministério da Economia, contando com informações sobre data de criação e de constituição de cada uma. BRASIL. *Relatórios Empresas Estatais Federais*. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/empresas-estatais-federais-1>>. Acesso em: 23 abr. 2020.



normas jurídicas, a alteração de paradigmas fundamentais adotados pelo Brasil, em especial, após a CRFB/1988, e o avanço da globalização, muitas estatais tiveram suas leis de criação ou transformação alteradas para ampliar suas atividades empresariais.

Na mesma linha, o ápice das alterações modernas que impactou nas estatais foi a edição do estatuto das estatais, Lei nº 13.303/2015<sup>38</sup>, fortemente influenciado por pensamentos liberais, que por seus diversos dispositivos deixa clara a necessidade de reafirmar o que a CRFB já preconizava: a intervenção do estado na economia de forma direta por empresas públicas ou sociedades de economia mistas deve ser excepcional, pautada em relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional

Porém, como se sabe, as atividades de estado à serviço dos interesses da coletividade ou da segurança nacional invariavelmente lhe impõe vultoso custo, justificado não pelo interesse de lucro (como ocorre nos investimentos da iniciativa privada), mas pela necessidade de dar cumprimento aos comandos constitucionais.

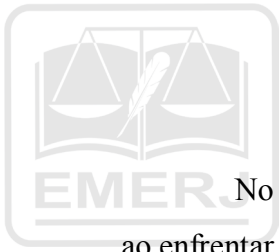
Com vistas a maximizar a alimentação financeira das atividades das estatais consideradas como típicas de estado (cujo dispêndio é alto, e retorno financeiro baixo ou deficitário), os entes federativos além de movimentarem-se transformando órgãos ou autarquias em empresas estatais (buscando redução de gastos, como por exemplo, com a contratação de pessoal pela legislação trabalhista), também resolveram promover alterações jurídicas a permitir o exercício de atividades em regime de concorrência com o setor privado.

Em razão disso, muitas estatais conhecidas por exercerem atividades típicas de estado tiveram seu objeto social ampliado a permitir o exercício de atividades concorrenciais, reduzindo assim a necessidade de aporte direto por parte do ente federativo na qualidade de sócio, em razão da alimentação da instituição com o lucro objeto do exercício da atividade empresarial. Com isso, passaram as estatais nessa situação a serem consideradas objetivamente híbridas, por exercerem concomitantemente a prestação de serviço típico de estado a excluir a atividade privada, e ainda, atividades econômicas em regime de concorrência.

Ora, se de um lado, o STF afasta a aplicação dos regimes de precatório e impenhorabilidade em execução contra estatais que atuam em atividades concorrenciais; e, por outro lado, determina sua aplicação para aquelas que prestem serviços tipicamente de estado, sem abertura para concorrência com o particular; surge a indagação: quais regras devem incidir para executados que sejam empresas estatais híbridas?

---

<sup>38</sup> BRASIL. *Lei nº 13.303*, de 30 de junho de 2016. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2020.



No ambiente do direito tributário, o Judiciário resolveu a situação de forma objetiva, ao enfrentar a aplicabilidade do regime de direito público às estatais, em especial, para verificar se há ou não imunidade recíproca. Isso se dá porque a CRFB<sup>39</sup>, art. 150, VI, a, veda aos entes federativos a instituição de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros.

Embora a personalidade jurídica do ente federativo não se confunda com a de suas estatais, quando a hipótese de incidência tributária atinge objetivamente uma prestação de serviço público em regime de outorga e sem concorrência, essa atividade está objetivamente alcançada pelas regras de direito público. Para essas hipóteses de incidência, não há prática de fato gerador por ser a imunidade constitucionalmente obstativa, protegendo o titular do serviço (ente federativo), e alcançando o outorgatário (empresa pública e sociedade de economia mista que atua em monopólio ou exclusividade). Por outro lado, se a atividade é prestada em regime de concorrência, não traduzindo prestação de serviço público, mas sim atividade econômica concorrencial, não há que se falar em imunidade recíproca para tais atividades.

Veja-se então que o direito tributário resolve a situação do hibridismo, não havendo qualquer incompatibilidade na aplicação da imunidade para atividades não concorrenciais que traduzem outorga da execução de serviço público, com devido o afastamento da imunidade para demais atividades econômicas, na forma do art. 173, § 1º, II da CRFB<sup>40</sup>.

No entanto, para a aplicação o regime de impenhorabilidade e de pagamento pela sistemática de precatórios, a situação não pode ser resolvida dessa forma. Isso porque no sistema de execução por quantia certa, o objetivo da prestação jurisdicional é adotar medidas coercitivas para a satisfação de um crédito. Diferentemente do processo de conhecimento (em que a tutela jurisdicional visa à revelação do direito), na execução o que se busca é sua efetivação material, substituindo-se a vontade do executado pela do Estado-Juiz, alcançando e sujeitando seus bens, presentes e futuros, ressalvadas as restrições legais – art. 789 do CPC<sup>41</sup>.

Alexandre Câmara<sup>42</sup> traduz a execução como atividade processual de transformação da realidade prática para fazer com que aquilo que deve ser, seja. E, como aquilo que deveria ser não o é por ato voluntário de quem deveria fazer ser, a execução é um meio de forçar as coisas a serem. Trata-se então de uma agressão patrimonial lícitamente promovida pelo estado para a satisfação material daquele que não teve sua pretensão satisfeita por culpa de outrem.

---

<sup>39</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> BRASIL, op. cit., nota 27.

<sup>42</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016 [e-book].

No entanto, quando o executado por quantia certa é a Fazenda, faz-se incidir o regime constitucional de precatório e impenhorabilidade, de modo que ela não é chamada ao processo para imediata satisfação material, restando inviável a adoção de meios de satisfação de crédito aplicáveis em execuções por quantia certa contra o particular.

Busca-se com isso a dupla tutela do interesse público: a) primário, traduzida em uma definição pública de ordem de pagamentos dos credores, garantindo-se o tratamento isonômico no pagamento<sup>43</sup>; e b) secundário, garantindo-se ao Fisco a organização de suas despesas, mormente diante de princípios orçamentários como o da anualidade e o da programação<sup>44</sup>.

Quando se trata então de empresas públicas estatais híbridas, a solução tirada do tratamento constitucional tributário para incidência das regras de direito público apenas para as atividades (perspectiva objetiva) não parece atender a contento. Isso porque, como dito, o princípio da responsabilidade patrimonial impõe a sujeição de todo o patrimônio do devedor aos atos constritivos no processo de execução. Desse modo, não seria viável, sob pena de romper com a própria ideia de responsabilidade patrimonial, segregar execuções a partir do tipo de atividade exercida pela estatal híbrida, pois o patrimônio é uno.

Para Pablo Stolze<sup>45</sup>, o patrimônio engloba o complexo de direitos reais e obrigacionais de uma pessoa, ficando de lado todos os outros que não têm valor pecuniário, nem podem ser cedidos. E, para Caio Mário, citando Beviláqua<sup>46</sup>, o patrimônio é uno, ainda que se possa destacar e dispor de bens, direitos ou deveres que o compõem em complexidade<sup>47</sup>.

Em reforço, como já dito alhures, o STF vem entendendo reiteradamente pela necessidade de aplicar o regime de direito público às estatais quando possuem mera forma de pessoas jurídicas de direito privado (integrantes da Administração Indireta), mas atuam como *longa manus* da entidade federativa que a criou. Nesse aspecto, conjugando-se a jurisprudência com a necessidade de definição da forma de se executar uma estatal híbrida, há de se privilegiar a incidência do regime público quando da execução por quantia certa.

Entender pela aplicabilidade do regime privado contra estatais híbridas importaria a possibilidade de constrição direta de seus bens, quer estejam ou não afetos à prestação do

---

<sup>43</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro Coelho. *A Fazenda Pública em Juízo*. 15. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016 [e-book].

<sup>44</sup> PISCITELLI, Tathiane. *Direito Financeiro*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018 [e-book].

<sup>45</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Direito Civil: Parte Geral 1*. 19. ed. rev. e atual. de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência e com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2017 [e-book].

<sup>46</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: RED Livros, 1999, p. 218.

<sup>47</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*. V. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 248.



serviço público ou ao exercício de atividades de imperativo de segurança nacional, gerando provável risco de solução da continuidade dessas atividades.

Ademais, haveria a possibilidade de romper com a fixação de uma ordem de pagamento aos credores das estatais, o que gerando o aviltamento à isonomia preconizada pela CRFB/88. Por fim, seria ainda um grande despropósito impor a tais estatais um regime privado de execução, quando o fundamento de sua existência e a finalidade de suas atividades visa à consecução do interesse público primário e secundário, de modo que afastar as prerrogativas fazendárias nesse caso, em privilégio de interesses individuais e privatistas de certos credores parece não se apresentar como uma forma adequada de tutela do bem comum.

E é exatamente por isso que, para fins de execução por quantia certa, cuja obrigação está consubstanciada em condenação judicial regularmente proferida, ainda que para as empresas estatais consideradas híbridas, o Supremo Tribunal Federal<sup>48</sup> tem entendimento de ser aplicável o regime jurídico de direito público mencionado, garantindo-se aplicação dos regimes atinentes à impenhorabilidade dos bens pertencentes à estatal e ao pagamento das condenações por meio de precatórios.

## CONCLUSÃO

A verificação da importância do papel das empresas públicas e sociedades de economia mista no cenário jurídico brasileiro como instrumento para o estado ora exercer atividades tipicamente públicas como prestação de serviços essenciais, e ora intervir diretamente na economia, não acompanhou a necessidade de definir, por esse mesmo estado e desde a origem, o tratamento jurídico a ser aplicável a estes entes que gozam de personalidade jurídica de direito privado, embora integrantes da administração pública indireta.

Diante dos fatos sociais desencadeados pela atuação de estatais no ambiente econômico, por vezes, em ambas as frentes possíveis, e sem um diploma definidor de direitos ou deveres diferenciados, demandou-se dos atores envolvidos nas realizações das mais diversas formas de negócios jurídico a busca da tutela jurisdicional para definir, em quais casos, as chamadas “prerrogativas fazendárias” deveriam ser afastadas ou aplicadas.

Nesse contexto, o papel do Supremo Tribunal Federal, como guardião da interpretação da Constituição da República Federativa do Brasil, foi fundamental para apurar com riqueza de

---

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1009828 AgR*, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=00027\\_9939&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=00027_9939&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 24 fev. 2020.

detalhes as situações nas quais as empresas públicas e as sociedades de economia mista mereceriam tratamento aproximado de Fazenda Pública, com a finalidade de fazer aplicar o regime constitucional em prol do interesse público primário.

Essa avaliação reverberou em importantes searas do direito, como ocorreu fortemente na esfera do direito tributário, do direito civil e, em especial, do direito processual, mormente no que tange ao cumprimento de título executivo judicial com obrigação de pagar quantia certa.

Nesse espeque, consolidou-se a orientação de que, em se tratando de empresa estatal, sob a forma que fosse, prestadora de serviço público por delegação legal do titular (chamada de outorga), por exclusividade ou monopólio, deve ela gozar das prerrogativas de pagamento pelo regime de precatórios e de impenhorabilidade de seus bens.

Diante da existência, não rara, de diversas estatais criadas inicialmente para um propósito público, mas tendo seu objeto social ampliado para permitir a exploração de atividades outras em regime de competição com o setor privado, foi necessário dar um passo a mais em relação à orientação tradicional, visto que várias discussões sobre o tema foram levadas ao Poder Judiciário questionando esse posicionamento diante do hibridismo dessas entidades integrantes da Administração pública Indireta.

Foi possível verificar que, a depender do ramo do direito, o STF se posicionou no sentido de mitigar ou não a orientação, como por exemplo, em matéria tributária, pela qual compreendeu que atividades concorrenciais não poderiam gozar de imunidade.

Contudo, especificamente em matéria processual, notadamente no que tange ao cumprimento de sentença que condena a empresa estatal a pagar quantia certa, diante da forte problemática enfrentada no presente artigo, verificou-se que o hibridismo não pode ser obstáculo à aplicação das prerrogativas de fazenda pública em favor das estatais, devendo prevalecer, ainda nesse caso, o regime de direito público ao privado.

Esse posicionamento busca privilegiar o interesse público primário, que milita em prol da coletividade, considerando que, mesmo que haja exploração de atividade econômica concorrencial pelas estatais de atividade híbrida, é certo que o exercício desta atividade tem por finalidade maximizar os proveitos econômicos da empresa pública e sociedade de economia mista, auxiliando no custeio da prestação de serviço público por ela exercida que é, em regra, menos lucrativa quando não deficitária.

Como resultado direto, a necessidade de aporte direto por parte do tesouro nas empresas estatais é reduzido, pois esta passa a reinvestir dinheiro que obtém das próprias atividades, permitindo que os entes federados utilizem o resultado de recolhimento de tributos em outras



áreas. Ademais, garante-se a continuidade da prestação dos serviços públicos delegados às estatais, com maior efetividade e eficiência.

## REFERÊNCIAS

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BARBOSA, Ruy. *Os privilégios exclusivos na jurisprudência constitucional dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Empresa Photo-Mechanica do Brasil, 1911.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: RED Livros, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 2004. Disponível em: <<https://direitoufma2010.files.wordpress.com/2010/05/norberto-bobbio-a--dos-direitos.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL, *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2019

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 200*, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5.895*, de 19 de julho de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5895.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5895.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.303*, de 30 de junho de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Relatórios Empresas Estatais Federais*. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/empresas-estatais-federais-1>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ACO nº 2179 TA-AgR*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000251172&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 abr. 2019.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 46*. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000161482&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 220906*. Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000096722&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 393032 AgR*, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000160816&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 601392 ED*. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000273426&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 610517 AgR*, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 20-06-2014 PUBLIC 23-06-2014, disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Id. *RE nº 627242 AgR*, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000262471&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1009828 AgR*, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 05-09-2018 PUBLIC 06-09-2018, disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016 [e-book].

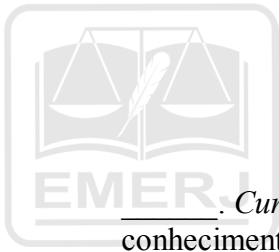
CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro Coelho. *A Fazenda Pública em Juízo*. 15. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016 [e-book].

DIDIER JR, Fredie Didier (Org.). *Ações Constitucionais*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2011.





\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. 1, 13. ed. Salvador: Jus Podium, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Direito Civil: Parte Geral 1*. 19. ed. rev. e atual. de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência e com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2017 [e-book].

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo Processo Civil Brasileiro*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. totalmente rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 43. ed. atual. e ref. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, 19. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

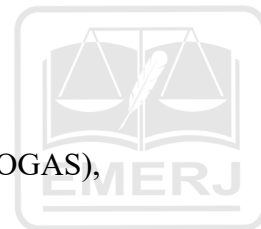
PISCITELLI, Tathiane. *Direito Financeiro*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018 [e-book].

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

SIDOU, J. M. Othon (Org.) *Dicionário jurídico – Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. de acordo com a Emenda Constitucional 52 de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.



## CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006 (LEI DE DROGAS), UMA ABORDAGEM QUANTO AO PORTE/USO DE ENTORPECENTES

Roger André da Silva Marques

Graduado pela Faculdade Candido Mendes. Advogado.  
Pós-Graduando em Direito Público e Privado da Escola de  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**Resumo** –o porte/posse de drogas para uso pessoal vem atravessando um ”abrandamento” jurídico ao longo do tempo, o que será demonstrado no presente trabalho através da avaliação evolutiva ao comparar a Lei nº 6.368 de outubro de 1975 (antiga lei de drogas) frente à Lei nº 11.343 de agosto de 2006 (atual lei de drogas). Diante desse quadro evolutivo, a temática das drogas para uso pessoal foi alçada ao Supremo Tribunal Federal através do RE nº 635.659, onde iniciou-se o questionamento quanto a constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, dispositivo este que trata do porte/posse de drogas para uso pessoal. Dessa forma, o presente trabalho tem o propósito de analisar os fundamentos para se questionar a constitucionalidade do artigo que tipifica a conduta do usuário de drogas.

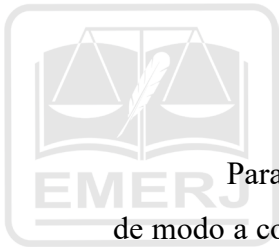
**Palavra – Chave** – Direito Penal. Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Lei de Drogas. Posse e uso de entorpecentes.

**Sumário** – Introdução. 1. Diferenças entre posse e uso de drogas para tráfico de drogas, uma análise crítica. 2. Evolução da Despenalização da posse/Porte e a posição dos Tribunais Superiores. 3. Da Inconstitucionalidade do Artigo 28 da Lei nº 11.343 de agosto de 2006. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Inicialmente, a presente pesquisa tinha por objetivo analisar o comportamento do Supremo Tribunal Federal ao determinar a constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 13.343 de agosto de 2006, - Lei de Drogas – no julgamento do RE nº 635.659 e o possível ativismo judicial na análise desse artigo que trata da posse e porte de drogas. Contudo, o julgamento que possuía previsão de julgamento em novembro de 2019 foi retirado de pauta e não houve determinação de uma nova data para tanto. Aliado à retirada de pauta, o mundo foi acometido pela pandemia de COVID-19, o que impossibilitou que as reuniões plenárias pudessem ocorrer, uma vez que uma das poucas formas de combate inicial é o distanciamento social.

Dessa forma, a presente pesquisa passa a analisar a evolução legislativa sobre a temática de posse/porte de drogas para uso pessoal chegando por fim as razões que levaram ao questionamento da constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343 de agosto de 2006.



Para tanto, aborda-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o artigo 28 da lei supramencionada é de fato inconstitucional, devendo, portanto, assim ser declarado.

A Lei de Drogas – Lei nº 13.343 de agosto de 2006 – em seu artigo 28 possui um grande embate dogmático e jurisprudencial quanto à sua redação e sua consequente constitucionalidade. Tal fato se dá, pois, a redação desse artigo sugere que a conduta ali tipificada não é mais punível, ou seja, a posse ou porte de drogas para o uso pessoal, apesar de tipificada, não seria punível pelo legislador. O embate se dá em torno da classificação do dispositivo como descriminalizador, despenalizador ou inconstitucional, por isso, é de suma importância a investigação da real natureza jurídica de tal conduta para que se possa verificar se merece ou não ser declarada sua inconstitucionalidade, ou se de fato, tratou-se apenas de uma atuação ativista do Supremo Tribunal Federal.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a intervenção judicial quando se trata de políticas públicas, e no caso em tela teremos duas esferas públicas diretamente atingidas, a saber, as políticas de saúde pública e de segurança pública.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito e a distinção da posse de drogas em comparação ao tráfico de drogas através de uma análise crítica diferenciando ambas as condutas. Pretendeu-se, ainda, analisar a evolução legislativa da temática debatendo se estariam diante de uma despenalização ou de uma descriminalização da posse/porte com a finalidade de uso pessoal para ao fim analisar as questões norteadoras para questionar se o artigo 28 trata-se de uma norma sob a égide constitucional ou não.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho, diferenciando através de uma abordagem crítica, os conceitos de porte e posse de drogas para uso pessoal frente à posse e porte para tráfico de drogas.

O segundo capítulo destina-se a uma análise da evolução legislativa analisando a Lei nº 6.378 de outubro de 1976 frente à Lei nº 11.343 de agosto de 2006, e a tipificação quanto ao usuário de drogas.

O terceiro capítulo destina-se a traçar quais foram as motivações que levaram o questionamento quanto a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343 de agosto de 2006 ao Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa é desenvolvida pelo método explicativo, uma vez que o pesquisador tem o objetivo de identificar os principais fatores que podem levar a declaração da

inconstitucionalidade do assunto abordado, e analisar criticamente se houve ou não ativismo judicial na análise do tema.

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, bem como da jurisprudência que serão analisadas e fichadas na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1. DIFERENÇAS ENTRE POSSE E USO DE DROGAS PARA TRÁFICO DE DROGAS, UMA ANÁLISE CRÍTICA

Para iniciar uma análise crítica, bem como apontar as diferenças quanto aos conceitos de porte e uso de drogas (artigo 28) frente ao tráfico de drogas (artigo 33), se faz necessário que se localize no ordenamento jurídico e se aponte as diferenças no diploma legal.

Sendo assim, deve-se observar a Lei nº 11.343 de agosto de 2006, sancionada em 23 de agosto de 2006, sendo essa atual legislação que trata do tema, ela é conhecida como a “nova” lei de drogas.

Essa atual legislação substituiu e suprimiu as Leis nº 6.368 de outubro de 1976 e a Lei nº 10.409 de janeiro de 2002, ambas as leis foram expressamente revogadas a partir da sanção da Lei nº 11.343 de agosto de 2006, conforme dispõe em seu artigo 75<sup>1</sup>. Portanto, farão uma abordagem apenas quanto à “nova” legislação, a Lei nº 11.343 de agosto de 2006.

Ao tratar do tema, a Lei nº 11.343 de agosto de 2006 classificou as condutas de uso e posse como crime, assim como também classificou como crime a conduta de tráfico de drogas. Contudo, ainda que ambas sejam condutas classificadas como criminosas e possuam a devida tipificação, a conduta prevista no artigo 28 da referida lei possui um preceito secundário no mínimo curioso, uma vez que não há uma previsão de punição com reclusão, detenção ou mesmo restrição de direitos, como é comum ser observado nas punições penais.

Ainda que não exista uma punição tão severa conforme é comumente aplicada nas tipificações penais, não é possível afirmar que tal fato deixou de ser considerado como criminoso apenas pela ausência do preceito secundário, nesse sentido temos a afirmação abaixo:

---

<sup>1</sup> BRASIL. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)> Acesso em: 28 jun. 2020.



Não é possível aceitar a tese de que o fato não é mais considerado infração penal, apenas porque a Lei não prevê pena privativa de liberdade em abstrato, com base no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que estabelece que são considerados crimes os fatos ilícitos a que a lei comine pena de reclusão ou detenção. Com efeito, a finalidade desse dispositivo era apenas a de diferenciar crimes e contravenções por ocasião da entrada em vigor concomitante do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais, em 1º de janeiro de 1942. O dispositivo, porém, não tem força de norma constitucional e pode, portanto, sofrer restrições por novas leis, como ocorre no caso em análise.<sup>2</sup>

Sendo assim, não há que se falar em descriminalização do uso, uma vez que a conduta embora possua punição mais branda, encontra-se devidamente tipificada.

O artigo 28 penaliza a conduta com as seguintes penas: de advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviço à comunidade e comparecimento à programa ou curso educativo.

Diante da redação do artigo 28 e de seu preceito secundário, é possível perceber que a punição para quem pratica as condutas tipificadas nesse artigo são muito brandas, ou mesmo ineficazes, uma vez que poucos efeitos surtem em seu caráter repressivo ou mesmo pedagógico.

Em oposição a isso, existe artigo 33 da mesma lei. Em que pese seu preceito primário ser muito próximo do artigo 28 no tocante as condutas tipificadas, seu preceito secundário é nitidamente mais repressivo possuindo uma pena de reclusão de 5 a 15 anos, conforme se observa abaixo:

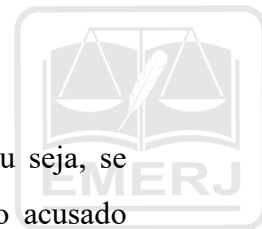
Após essa breve análise fica evidenciado que existe grande diferença na aplicação da pena a depender do enquadramento e da tipificação que se imponha no caso concreto. Sendo assim, faz-se necessário traçar a diferença entre o usuário e o traficante, uma vez que essa diferença trará grandes consequências para os indivíduos no caso concreto.

Contudo, ainda que à diferença na tipificação possa trazer grandes consequências para os indivíduos no caso concreto, determinar o que fará a diferença entre o usuário de drogas e o traficante de drogas nem sempre será tarefa fácil, o que pode acabar acarretando injustiças quando o enquadramento for equivocado. Para isso, basta que pensem em alguém que sendo usuário venha a ser condenado como traficante. Sendo assim, o que seria um simples equívoco quanto ao correto enquadramento do tipo penal possui consequências desastrosas para o indivíduo.

Diante da possibilidade de ser cometida uma injustiça tendo como base esses parâmetros, existem autores que chegam a defender que na dúvida quanto à correta

---

<sup>2</sup>GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Legislação penal especial esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 89.



tipificação, deverá ser considerada a tipificação mais benéfica para o acusado, ou seja, se estiverem na dúvida se estão diante de um usuário ou um traficante, que seja o acusado considerado como usuário, trazendo consequências penais bem mais benéficas, conforme já verificado acima:

A diferenciação, portanto, continua a ser feita caso a caso, sem a possibilidade de uma distinção legal apriorística. O elemento subjetivo, por isso, é apontado como fundamental para a correta subsunção da conduta, registrando-se que a dúvida entre uma hipótese e outra (tráfico e consumo) deve resolver-se em favor da hipótese mais benéfica ao acusado.<sup>3</sup>

Outra crítica que costuma se apresentar consiste na ausência de uma tipificação intermediária entre as duas condutas, tipificação esta que pudesse servir como penalizações gradativas, possibilitando que as condutas fossem corretamente tipificadas reduzindo assim, a “margem de erro” ao punir usuários ou traficantes, consequentemente reduzido as injustiças na aplicação do que determina o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, segue o trecho abaixo:

Especificamente ao se referir à distinção entre as ações, para fins de tipificação e aplicação da pena, crítica Salo de Carvalho a disparidade entre as quantidades de penas, e a inexistência de tipos penais intermediários que levem a graduações proporcionais, diante de uma zona cinzenta entre o mínimo e o máximo da resposta penal, com a previsão de 18 verbos nucleares integrantes do tipo penal do art. 33.<sup>4</sup>

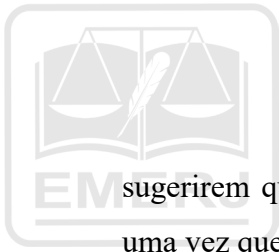
Sendo assim, é possível notar que a diferença na tipificação para determinar se estamos diante de usuário do artigo 28 ou de um traficante do artigo 33. Já na doutrina possui grande divergência, e, desde sua origem o tema é conturbado, principalmente por conta da ausência de proporcionalidade entre a aplicação de ambas.

Se na doutrina já é possível notar essas divergências quanto às corretas tipificações, na prática essa dificuldade fica ainda mais evidenciada, o que acarreta muitas discussões jurisprudências e uma infinidade de recursos sobre a temática, sendo em sua maioria o debate quanto à tipificação correta, se do artigo 28 ou do artigo 33.

Ante ao que se apresenta até aqui é que repousa a discussão quanto à constitucionalidade ou não do artigo 28 da Lei nº 11.343 de agosto de 2006. Pois, conforme explicitado, o artigo 28 não possui um preceito secundário, levando a alguns autores a

<sup>3</sup>BOITEUX, Luciana et al. *Tráfico de drogas e Constituição*: Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais. Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2009. (Série Pensando o Direito, n. 1). p.37

<sup>4</sup>Ibid.



sugerirem que houve uma despenalização do usuário. Retirando assim a eficácia da norma, uma vez que não possui uma penalização para a tipificação adequada:

Em breve análise comparativa entre o projeto proposto pelo Executivo e o texto que restou aprovado pelo Congresso nota-se que, com relação à posse de drogas ilícitas, ambos se mostram bastante semelhantes, e seguem a linha da despenalização do uso. A rejeição de sanções privativas da liberdade em caso de reincidência também se mostra um ponto positivo adotado pela nova Lei e que já constava do projeto apresentado.<sup>5</sup>

Diante de todo o exposto é que surge o objeto do presente trabalho. Em sede de Recurso Extraordinário o Supremo Tribunal Federal foi confrontado a manifestar-se quanto à constitucionalidade do artigo 28, onde, conforme mencionado acima está cercado de controvérsias e questionamento, dentre os quais está a constitucionalidade do artigo 28, que tem os questionamentos baseados nos motivos que serão apresentados nos capítulos que se seguem.

## 2. EVOLUÇÃO DA DESPENALIZAÇÃO DA POSSE/ PORTE DE DROGAS E A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Antes de iniciar a análise da possível inconstitucionalidade propriamente dita, far-se-á uma pequena menção quanto à evolução da tipificação da conduta de posse/porte de drogas para uso pessoal, o que difere da conduta para fins de tráfico, conforme demonstrado no capítulo anterior.

Para melhor visualizar essa “evolução”, se faz necessário, antes de adentrar na atual legislação de drogas (Lei nº 11.343 de agosto de 2006), destacar a previsão existente na lei de drogas anterior a atual, ou seja, a Lei nº 6.368 de outubro de 1976.

Conforme era disposto no art. 16 da Lei nº 6.368 de outubro de 1976, a conduta de porte, ainda que para uso próprio, era considerada “crime”, punida com a pena de detenção de 6 meses a dois anos, bem como pagamento de multa.

Entretanto, em que pese existisse a penalização da conduta acima descrita, ainda que o agente fosse flagrado cometendo tal delito, este, em regra, não seria mantido preso, uma vez que o crime descrito seria de competência dos juizados especiais criminais, conforme

---

<sup>5</sup>Ibid., p. 34.

disposição do art. 61 da Lei nº 9.099 de setembro de 1995, sendo possível, portanto, um abrandamento na punição ao delito culminado.

Nessa mesma linha de pensamento, há os doutrinadores Greco Filho e Daniel Rassi:

A alteração é relevante porque amplia a possibilidade do enquadramento no tipo mais benéfico das condutas quando para consumo próprio ou de outrem em caráter pessoal, ou seja, sem o animus de disseminação.<sup>6</sup> [...] o texto atual, portanto, é mais amplo e benéfico, abrangendo situação que era antes considerada injusta, a de se punir com as penas do então artigo 12 aquele que, por exemplo, dividia a droga com companheiros ou a adquirida para consumo doméstico de mais de uma pessoa.<sup>7</sup>

Já Luiz Flávio Gomes, assim ressalta:

A posse de droga para consumo pessoal não está mais sujeita à pena de prisão. Doravante está sancionada com penas alternativas, que serão impostas pelos Juizados Criminais. Aliás, depois que a infração do artigo 16 passou para os Juizados Criminais, nenhum usuário mais foi condenado à pena de prisão, salvo em casos excepcionalíssimos.<sup>8</sup>

Dessa forma, ainda que as sanções penais para artigo 16 da Lei nº 6.368 de outubro de 1976, por força da Lei nº 9.099 de setembro de 1995 sejam apenas penas alternativas, tais como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, de acordo com a disposição do próprio artigo, não se deve retirar o caráter criminoso da conduta, devendo falar apenas em “despenalização”.

Entretanto, ainda que se possa afirmar que na previsão da Lei nº 6.368 de outubro de 1976 c/c a Lei nº 9.099 de setembro de 1995, houve uma despenalização da conduta, uma vez que as penas não são mais restritivas de liberdade, é possível afirmar que existia ainda uma tentativa de ressocialização do infrator.

Após breve menção da “penalização” do porte posse, na Lei nº 6.368 de outubro de 1976, será abordada a previsão constante no art. 28 da Lei nº 11.343 de outubro de 2006.

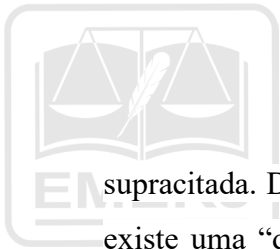
Diferente da previsão anterior, a atual lei de drogas (Lei nº 11.373 de agosto de 2006), em seu artigo 28, não comina pena de prisão ao agente, conforme existia na legislação

<sup>6</sup> GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.46.

<sup>7</sup>Ibid.,p. 48.

<sup>8</sup>GOMES, Luiz Flávio. *Nova lei de drogas comentada: Lei 11.343/2006 de 23.08.2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.159.





supracitada. Diante disso, é possível afirmar que com o surgimento desta “nova” penalização existe uma “descriminalização formal”, sem que exista, no entanto, uma legalização para a prática da conduta.

Diante da previsão do artigo 28 da Lei nº 11.343 de agosto de 2006, alguns doutrinadores passaram a defender que a conduta descrita deveria ser considerada discriminada, mesmo que formalmente a droga não tenha sido legalizada.

Dessa maneira, é possível afirmar que descriminalizar significa retirar da conduta o caráter criminoso, mas, mesmo depois de discriminada, são mantidas as sanções aplicadas em âmbito penal, podendo afirmar, assim, que ocorreu uma descriminalização formal. Dessa forma, é retirado o seu caráter criminoso, contudo, se mantém a conduta na esfera penal. Em outras palavras, o fato deixa de ser crime, mas continua sendo considerado ilícito, tornando-se uma infração *sui generis*.

Seguindo o mesmo raciocínio, Luiz Flavio Gomes<sup>9</sup> assim afirma: [...] o fato deixou de ser criminoso (em sentido estrito). [...] O artigo 16 foi apenas formalmente descriminalizado, mas a posse da droga, não foi legalizada”.

Ainda sobre o tema, o doutrinador salienta:

[...] a nova lei de Drogas, no artigo 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de “infração penal” porquê de modo algum permite a pena de prisão. E sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração penal no nosso País<sup>10</sup>.

Conforme se observa acima, alguns doutrinadores passaram a entender que a conduta descrita no artigo 28 da Lei nº 11.343 de agosto de 2006 passou a ser despenalizadora, uma vez que a pena privativa de liberdade foi abolida, restando somente penas que visam atingir única e exclusivamente as condutas do usuário de drogas, servindo a estes como auxiliares na recuperação e reinserção social. Contudo, outra corrente entende que ocorreu uma descriminalização, ainda que de maneira formal e sem que a droga tenha sido legalizada.

Para a corrente que defende a descriminalização, tal fato se deu porque a conduta não é mais considerada crime, pois de modo algum é autorizada a liberdade do agente.

Entretanto, as jurisprudências do STF e do STJ não adotaram tal entendimento, pois, para esses tribunais, o porte/posse de drogas para uso pessoal foi apenas despenalizado, permanecendo ainda como crime, conforme se observa no Superior Tribunal de Justiça com HC nº 339.592/SP e no Supremo Tribunal Federal com o HC nº 430.105/RJ.

<sup>10</sup>Ibid., p. 147.

É possível destacar tal entendimento pelo trecho retirado do HC n° 339.592-SP Rel. Ministro Ribeiro Dantas.

No julgamento supracitado, a defesa pleiteou o reconhecimento da descriminalização de uma condenação anterior baseada no artigo 28 da Lei n° 11.343 de agosto de 2006. Dessa forma pleiteando, então, a não reincidência. Caso conseguisse o reconhecimento da descriminalização, o Réu passaria a ser novamente primário podendo usufruir dos benefícios da primariedade.

Abaixo dois trechos muito esclarecedores do Julgado.

A condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art. 28, caput, da lei de drogas é circunstância apta a autorizar a majoração da pena, pela incidência da agravante da reincidência, e impedir a aplicação do redutor da art. 33, §4°, da referida lei, uma vez que, segundo entendimento firmado nessa Corte, não houve descriminalização do porte de substâncias entorpecentes para uso próprio, com a entrada em vigor da Lei n° 11.343/2006, mas apenas a despenalização.

Corroborando com o exposto, é possível extrair o trecho abaixo:

Quanto ao pedido de afastamento da agravante da reincidência e da aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4°, da Lei n. 11.343/2006, não assiste razão à defesa. Esta Corte Superior possui entendimento de que não houve a descriminalização do porte de drogas para uso próprio com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, mas mera despenalização, tendo em vista a previsão de penas alternativas para o infrator. Desse modo, a condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é circunstância apta a autorizar a majoração da pena, pela incidência da agravante da reincidência, assim como para impedir a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4°, da referida Lei.

Já o Supremo Tribunal Federal, manifestou-se no sentido de que o art. 28 da Lei n° 11.343 de agosto de 2006, trata-se de uma infração penal *sui generis*.

Tal entendimento foi firmado no julgamento do RE n° 430.105/RJ Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado esse que faz parte do informativo 465 do STF.

Abaixo trecho do julgado esclarecendo tal posição à época adotada pelo Supremo Tribunal Federal:

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1° da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*. Essa é a nossa posição[...]



Diante do exposto, foi possível avaliar a evolução do conceito legal do porte/posse de drogas para uso pessoal, bem como a matéria vem sendo interpretada pelos tribunais superiores.

No próximo capítulo será abordada a doutrina que defende a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343 de agosto de 2006, assim como a possibilidade da mudança de entendimento do STF diante da votação do HC RE nº 635.659, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes.

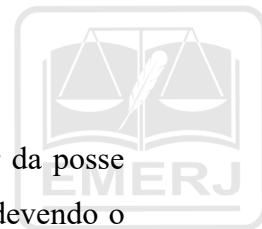
### 3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343 DE AGOSTO DE 2006

Conforme se demonstra nos capítulos anteriores, se faz necessário diferenciar, juridicamente, o porte/posse de drogas para uso pessoal para o tráfico de drogas. Bem como foi evidenciada a grande diferença legal na penalização das condutas, ainda que os preceitos primários sejam muito semelhantes.

Dito isso, deve ser pontuado que o bem jurídico tutelado no art. 28 da Lei de Drogas é a saúde pública, sendo esse o mesmo bem jurídico que se pretende proteger no art. 33 desta lei. Sendo assim, em primeira análise, se está incorrendo em uma ofensa ao postulado da proporcionalidade, sob o aspecto da proteção deficiente, uma vez que a constituição em seu art. 5º, XLIII determina expressamente a criminalização do tráfico de drogas equiparando a crime hediondo, de forma que, não faz sentido tutelar a posse para uso pessoal apenas com uma advertência, sendo essa uma conduta que *a priori* tem por objetivo tutelar o mesmo bem jurídico.

Assim, de um lado existe um crime hediondo com pena cominada de 05 a 15 anos, e de outro, existe apenas uma simples advertência para crimes que possuem o mesmo bem jurídico tutelado.

Diante disso, através de uma interpretação sistemática, o bem jurídico tutelado no artigo 28 não pode ser o mesmo que do artigo 33, sob pena de estar diante de uma penalização baseada em questões unicamente morais/sociais. Sendo assim, o argumento que deve ser aceito é que o porte de drogas para uso pessoal não afeta a saúde pública, ainda que seja esse o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, uma vez que o bem jurídico a ser tutelado não pode ser a saúde pública, o que se justifica se compararem com a punição do tráfico de drogas



que se encontra no rol dos crimes hediondos. Dessa forma, quando se está a falar da posse para uso pessoal, terá apenas, e quando muito, a saúde individual do usuário, não devendo o estado se imiscuir nas escolhas individuais, dessa forma, o que não deveria ser apenado, uma vez que se está diante da autonomia da vontade privada:

Corroborando com o exposto o trecho abaixo:

O uso de drogas é só um dos exemplos de comportamento individual arriscado, potencialmente capaz de causar dano ao próprio indivíduo, um ser racional, livre e capaz, que o escolheu. Uma sociedade amadurecida e democrática compreende que os riscos são inerentes à vida adulta e que a intervenção estatal no controle dos comportamentos potencialmente autolesivos não deve se valer do sistema penal, orientado para as ofensas que transcendam a esfera individual.

Mesmo Jeremy Bentham, quase sempre lembrado pela infame arquitetura prisional pan-óptica, modelo de vigilância total muito combatido pelo pensamento crítico, já entendia, em sua “Introdução aos princípios da moral e da legislação”, que os atos de prudência, que consistem na promoção da própria felicidade, devem ser deixados à ética privada, cabendo ao legislador, no máximo, impor leves censuras a comportamentos evidentemente autolesivos.

Isso vale inclusive para aqueles atos com repercussão social direta ou indireta, que continuam excluídos do alcance da intervenção penal, mesmo quando as condutas de terceiros, a eles relacionadas, são incriminadas com severidade. São exemplos desse tratamento a prostituição, em que o ato de se prostituir é atípico, mas comete crime quem a explora, induz ou favorece (arts. 228 a 230 do Código Penal); o jogo de azar, em que a exploração e o favorecimento de jogos e loterias não autorizadas são definidos como contravenção penal, mas a ação do apostador está sujeita somente à pena de multa (arts. 50 a 58 da Lei de Contravenções Penais); e o suicídio, em que a tentativa de supressão da própria vida é atípica, mas constitui crime de induzimento, a instigação ou o auxílio à prática (art. 122 do CP).<sup>11</sup>

Deve ser destacado que ainda na vigência da antiga lei de drogas (Lei nº 6.368 de outubro de 1976), o Supremo Tribunal Federal pontuou o equívoco de criminalizar uma conduta que não é passível de expor a um perigo indeterminado ou a incolumidade pública, mas encontra-se apenas na esfera da autonomia privada:

ENTORPECENTES: POSSE PARA USO PRÓPRIO: INEXISTÊNCIA DO CRIME OU, DE QUALQUER SORTE, DE PROVA INDISPENSÁVEL À CONDENAÇÃO: HABEAS CORPUS DEFERIDO POR FALTA DE JUSTA CAUSA.

1. É mais que razoável o entendimento dos que entendem não realizado o tipo do art. 16 da Lei de entorpecentes (L. 6.368/76) na conduta de quem, recebendo de terceiro a droga, para uso próprio, incontinenti, a consome: a incriminação do porte de tóxico para uso próprio só se pode explicar - segundo a doutrina subjacente à lei - como delito contra a saúde pública, que se insere entre os crimes contra a incolumidade pública, que só se configuram em fatos que "acarretam situação de perigo a indeterminado ou não individuado grupo de pessoas" (Hungria).

2. De qualquer sorte, conforme jurisprudência sedimentada, o exame toxicológico positivo da substância de porte vedado é elemento essencial à validade da condenação pelo crime cogitado, o que pressupõe sua apreensão na posse do agente

<sup>11</sup>BARROS, Régis Pedrosa. Sobre a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. *Revista Jus Navigandi*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72291/sobre-a-inconstitucionalidade-do-art-28-da-lei-de-drogas>>. Acesso em: 28 jun. 2020.



e não de terceiro: impossível, assim, imputar a alguém a posse anterior do único cigarro de maconha que teria fumado em ocasião anterior, se só se pode apreender e submeter à perícia resíduos daquela encontrados com o outro acusado, em contexto diverso. (HC 79189, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ de 09-03-2001).

Ante o exposto, tem-se por pressuposto que o artigo 28 da atual lei (Lei nº 11.343 de agosto de 2006) de drogas infringe a autonomia privada, um direito fundamental consagrado pela Constituição Federal, bem como por subverter as bases do Direito Penal, ofendendo aos princípios da alteridade e da proporcionalidade.

A autonomia da vontade privada, também conhecida simplesmente por autonomia da vontade, encontra-se no âmbito de proteção dos direitos fundamentais devendo ser entendida como um espaço contínuo, isso é, possuindo uma intensidade normativa a partir de seu núcleo essencial. Nessa linha, a doutrina civilista faz diversas distinções no que tange os bens protegidos pelos direitos da personalidade: o direito a intimidade da vida privada possui um núcleo essencial, o que é designado de “esfera de segredo”, contudo, estende-se, ainda, a outras camadas mais abrangentes, como a “confidencialidade” e o “resguardo”. Nessa esteira, existe também o direito a honra, entendida como a moral propriamente dita, ao decoro, ao bom nome ou a reputação. Tal entendimento pode ser aplicado à toda generalidade de direitos das liberdades.<sup>12</sup>

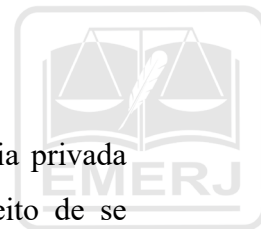
Dessa forma, é possível afirmar que a autonomia da vontade privada possui proteção constitucional, conforme se extrai do art. 5º, X da Constituição Federal. Atualmente podem compreendê-lo como um princípio-gênero, onde temos a autonomia da vontade privada como uma espécie de extrema relevância.

O conceito de liberdade pode ser muito amplo. Nas palavras de José Afonso da Silva, são englobadas diversas temáticas, tais como: a liberdade da pessoa física (liberdade de locomoção e circulação); liberdade de pensamento (liberdades de opinião, de religião, de informação, artística e de comunicação e de conhecimento); liberdade de expressão coletiva (liberdades de reunião e associação), liberdade de ação profissional (livre escolha de profissão e liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão), liberdade de conteúdo socioeconômico (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, autonomia contratual e liberdades de ensino e de trabalho).<sup>13</sup>

Dessa forma, sem autonomia para se autodeterminar, o indivíduo não poderia traçar seus próprios objetivos de vida, estaria assim, sendo tolhido em seu direito ao livre

<sup>12</sup>ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 176.

<sup>13</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40.ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 235.



desenvolvimento de sua personalidade. Portanto, se pode concluir que a autonomia privada encontra seu fundamento na constituição, sendo assegurado ao indivíduo o direito de se autogerir sob sua própria responsabilidade, sua vida e de sua personalidade.

Sob o prisma da primazia da autonomia da vontade privada, o STF em um julgamento concernente as uniões homoafetivas, reforçou que a autonomia da vida privada encontra fundamento em bases constitucionais. Tal decisão se deu em controle abstrato de constitucionalidade, dessa forma, tal decisão possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Abaixo segue decisão supracitada:

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe de 14/10/2011).

Com efeito, ao analisar os parâmetros do controle de constitucionalidade das leis penais, em destaque aquelas cujo objetivo é a contenção de riscos, é notório que o bem jurídico a ser tutelado não justifica a intervenção estatal a ele determinada, uma vez que a ofensa observada não extrapola a esfera pessoal do agente, limitando-se apenas a autonomia da vontade privada. Sendo assim, não há meios para a imposição estatal frente à descrição normativa ante a ausência de alteridade. Nesse ponto, pode-se destacar as palavras de Fernando Capez:

Alteridade ou transcendentalidade: proíbe a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente e que, por essa razão, revela-se incapaz de lesionar o



bem jurídico. O fato típico pressupõe um comportamento que transcenda a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o interesse do outro (altero).

Ninguém pode ser punido por ter feito mal só a si mesmo. Não há lógica em punir o suicida frustrado ou a pessoa que se açoita, na lúgubre solidão de seu quarto. Se a conduta se esgota na esfera do próprio autor, não há fato típico.

Tal princípio foi desenvolvido por Claus Roxin, segundo o qual “só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não seja simplesmente pecaminoso ou imoral. À conduta puramente interna, ou puramente individual — seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente —, falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal”.

Por essa razão, a autolesão não é crime, salvo quando houver intenção de prejudicar terceiros, como na autoagressão cometida com o fim de fraude ao seguro, em que a instituição seguradora será vítima de estelionato.<sup>14</sup>

Portanto, ante a todo o exposto, é possível concluir pela ausência de preceitos criminológicos, o artigo 28 da Lei n° 11.343 de agosto de 2006, se revela incompatível com as garantias constitucionais de intimidade e da vida privada. Sendo incompatível, em especial, com a vedação constitucional a criminalização de condutas que estão apenas na esfera pessoal do agente, ou seja, na autonomia da vontade privada.

## CONCLUSÃO

Inicialmente, o presente trabalho tinha por intenção analisar o posicionamento do STF na votação do RE n° 635.659, que tinha previsão de julgamento para o dia 06/11/2019, contudo, o julgamento foi retirado de pauta em 29/10/2019. Aliado a retirada de pauta, o mundo foi acometido pela pandemia de COVID-19, o que impossibilitou que a temática retornasse a pauta do Supremo em tempo hábil para ser analisada nesse presente trabalho. Dessa forma, se passou a analisar os motivos que levaram tal questionamento ao STF.

Com base em todo o exposto ao longo da pesquisa, é possível notar um abrandamento quanto à punição do usuário de drogas, para tanto foi analisada a antiga lei de drogas (Lei n° 6.368 de outubro de 1975) e sua aplicação prática após a entrada em vigor da lei dos Juizados Especiais (Lei n° 9.099 de setembro de 1995). Após ter demonstrado um “abrandamento” da tipificação, já estando diante da atual lei de drogas (Lei n° 11.343 de agosto de 2006) apontou-se os motivos pelas quais seria possível ser pleiteada a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei n° 11.343 de agosto de 2006.

---

<sup>14</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. V.1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.



A problemática central do trabalho se deu no sentido de analisar os principais aspectos que levaram ao questionamento da possível inconstitucionalidade do artigo supracitado que foi se intensificando na sociedade e na doutrina chegando ao ponto de tal questionamento ter chegado ao Supremo Tribunal Federal, através do RE nº635.659. Dessa forma, em breve será visto a manifestação da corte máxima do nosso judiciário quanto às questões suscitadas no presente trabalho.

Diante de todo o exposto, é possível afirmar que em breve se estará diante de um abrandamento ainda maior quanto ao tratamento legal dispensado à posse/porte de drogas para uso próprio, pois, como se demonstrou é possível perceber uma escalada crescente nesse sentido, conforme ficou evidenciado no presente trabalho através da evolução histórica do comportamento tipificado. Devendo apenas ser observado o caminho que será adotado pela corte suprema, se continuará a interpretação pela natureza despenalizadora do artigo 28, ou se ocorrerá a declaração de sua inconstitucionalidade. Sendo certo que ambas as possibilidades apontam para um abrandamento dessa tipificação, conforme se apresentou ao longo da presente pesquisa.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BARROS, Régis Pedrosa. Sobre a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. *Revista Jus Navigandi*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72291/sobre-a-inconstitucionalidade-do-art-28-da-lei-de-drogas>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

BOITEUX, Luciana et al. *Tráfico de drogas e Constituição: Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais*. Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2009. (Série Pensando o Direito, n. 1).

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm#art60%C2%A73](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm#art60%C2%A73)>. Acesso em: 28 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 28 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 28 jun. 2020.





. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 28 jun. 2020.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. V. 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos – Prevenção – Repressão*. São Paulo: Saraiva, 1982.

GOMES, Luiz Flávio. *Nova lei de drogas comentada: Lei 11.343/2006 de 23.08.2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Legislação penal especial esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 4.ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Lei de Drogas: aspectos penais e processuais*. São Paulo: Forense grupo Gen, 2019, [e-book].

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

## ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA LEI 13.641/18.

Ronieric Martins de Oliveira

Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Advogado.

**Resumo** – O presente estudo tem a finalidade de dirimir eventuais controvérsias acerca do tipo penal instituído pela Lei nº 7. 13.641/18 que trouxe para o ordenamento jurídico o crime de descumprimento de medida protetiva. Tipo penal este que busca resguardar a mulher vítima anteriormente do agressor, por meio deste crime tenta-se evitar novos episódios de violência contra a mulher, pois a mera pena do delito antecedente, assim como a decisão de deferir medida protetiva de urgência para a mulher vítima não eram eficazes para evitar a reincidência da violência contra esta. Feito uma leitura da Lei Maria da Penha em conjunto com outros ramos do direito, utilizando-se princípios do direito penal, direito processual penal e direito processual civil, para buscar o verdadeiro sentido da lei preambular que trata da erradicação da violência contra a mulher. Além da questão norteadora do trabalho que foi a distinção do tipo penal previsto no Código Penal e do tipo penal previsto em lei especial, também foi mostrado eventual aplicação da lei dos juizados especiais para o delito, uma vez que a pena mínima do delito não ultrapassa um ano de detenção.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Lei Maria da Penha. Desobediência.

**Sumário** – Introdução. 1. Distinção artigo 330 do Código Penal e artigo 24-A da Lei nº.13.641/18 2. Medida protetiva de urgência 3. Poderes do delegado de polícia. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade definir a hipótese de aplicação da referida lei, assim como a partir do princípio da especialização diferenciá-la de outros tipos penais coincidentes.

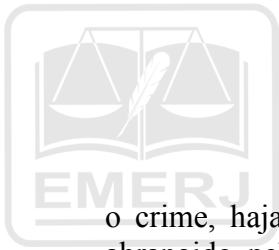
Há o destribe do tipo penal, e toda sua classificação, além das possibilidades para autoridades policiais, judiciárias e até mesmo ao popular com fito de evitar novos episódios de agressões perante a mulher. Sabe-se que é recorrente a violência perante a mulher, e que estas não se esgotam a partir da comunicação em sede policial.

A partir da leitura do artigo é possível além de identificar a adequação do tipo penal, prever formas de minimizar tais ocorrências.

No primeiro capítulo, buscou-se diferenciar a partir do princípio penal da especialidade, a conduta que consiste na mera desobediência, da conduta contida na lei nova, a qual se fala da desobediência no campo de aplicação de crimes cometidos no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Foi utilizado ampla jurisprudência para diferenciação dentre os tipos penais.

No segundo capítulo, foi explicitado os motivos determinantes à criação da *novatio legis incriminadora*, bem como os requisitos subjetivos e objetivos para a tipificação no delito em comento. Procurou-se cotejar as diversas aplicações que podem ocorrer o delito, uma vez que deve ocorrer obrigatoriamente após um evento de agressão já noticiado pela mulher perante autoridade judicial, conforme orientação doutrinária.

No último capítulo, vencida a tipificação do delito, bem como seus requisitos necessários para sua existência, passou-se a examinar a atuação da autoridade policial perante



o crime, haja vista a impossibilidade de decretação de fiança de sua parte, porque estará abrangido pelo contexto de violência doméstica e familiar perante a mulher, assim como poderá/deverá o delegado lavrar o auto de prisão em flagrante para os casos flagrantes do delito.

A pesquisa será desenvolvida pelo método dialético de abordagem, realizando uma análise que contribua com a evolução dos estudos sobre o tema.

Para tanto, utilizará de textos normativos, jurisprudências, além de pesquisa bibliográfica para, a partir de textos já publicados sobre o tema, a fim de analisar a aplicabilidade da norma e sustentar a sua tese.

## 1. DISTINÇÃO ARTIGO 330 DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 24-A DA LEI Nº.13.641/18

Inicialmente neste trabalho busca-se distinguir o crime inserido no artigo nº. 330 do Código Penal<sup>1</sup>, daquele inserido no artigo 24-A da Lei nº. 13.641/18<sup>2</sup>.

O crime contido no código penal se faz necessário para sua materialidade apenas a realização da conduta descrita no tipo penal, que poderá ser realizada na forma de ação ou de omissão, bastando apenas que exista ordem legal, emanada por funcionário público competente para o ato. É imprescindível a ciência do sujeito a que se preste a ordem, de modo que deverá ser cientificado diretamente, sem intermediários.

Quanto a autoria do delito, este pode ser realizado por qualquer pessoa, até mesmo pelo funcionário público, desde que o fato não guarde relação com sua função. Portanto, trata-se de delito comum. Inexistindo a modalidade culposa no tipo legal, e observando o princípio penal da legalidade, onde só é crime o que é descrito em lei como tal, não há falar na modalidade culposa. Logo, esta infração somente poderá ser realizada mediante uma ação livre e consciente da vontade, isto é, sem qualquer mácula na tipicidade.

Não podem ocorrer a coação física irresistível, de modo absoluto, a insignificância, adequação social do tipo e não pode estar adstrito à tipicidade conglobante, porque estes inibem a realização do fato típico, descaracterizando assim o crime.

O sujeito passivo deste crime é o Estado, sendo este a vítima direta, e estando no polo passivo da demanda o funcionário público que emitir a ordem legalmente desobedecida.

Havia o entendimento de que o tipo penal de desobediência era apenas subsidiário, porque na Lei nº. 11.340/06<sup>3</sup> há possibilidade de outras medidas sancionatórias que não apenas a aplicação do direito penal em si, em obediência ao princípio que afirma ser o direito penal a *ultima ratio*, no qual somente deverá ocorrer o crime em hipóteses extremas, isto é, que ultrapassem outros ramos do direito e que estes não sejam suficientes para coerção do infrator.

Dentre estas possibilidades contidas na Lei nº 11.340/06<sup>4</sup> podemos destacar a possibilidade de aplicação de multa, requisição do uso de força policial para impedir a desobediência, ainda pode ocorrer a decretação de prisão preventiva do infrator.

<sup>1</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848/40*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 06 mar. 2019

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei nº 13.641*, de 3 de abril de 2018, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113641.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113641.htm)> Acesso em: 08 abr. 2020

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006, Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)> Acesso em: 08 abr. 2020.

<sup>4</sup> *Ibidem*.



A dúvida que acarreta este delito é que há proibição expressa de aplicação de multa ou prestação pecuniária para delitos abarcados pela Lei nº. 11.340/06<sup>5</sup>, de modo que estas prestações se prestam a assegurar o cumprimento da medida protetiva decretada anteriormente.

Conforme artigo 20 da Lei nº. 11.340/06<sup>6</sup>, “art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.”

A prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase do processo que estava envolvido a violência perante a mulher, necessitando que nenhum outro meio seja eficaz para o controle do indivíduo. Porque esta medida cautelar tem natureza subsidiária. Entretanto um indivíduo que desrespeita todo um código penal, obedecerá um outro tipo penal?

Neste arcabouço é que a decretação da prisão preventiva poderá ser decretada, bastando apenas os requisitos necessários de qualquer prisão nesta modalidade, quais sejam o perigo do indivíduo estar em liberdade, bem como indícios mínimos de autoria e materialidade do delito, desde que o delito pré-existente comporte a prisão preventiva, na forma do art. 313 do Código de Processo Penal<sup>7</sup>. Isto é, presente a violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, deverá sê-la decretada a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)..

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

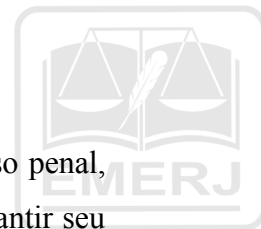
A problematização acerca da decretação da medida cautelar pessoal da prisão preventiva é que esta se faz única e exclusivamente para a regular instrução processual, não se presta a satisfazer o caráter da pena, quais sejam o caráter retributivo, por meio do qual a pena se presta a retribuir o mal causado pelo indivíduo, propriamente um castigo, ou o caráter preventivo, de onde se espera a reafirmação do poder estatal de modo a intimidar eventuais indivíduos em ações delituosas.

---

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941, Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art282](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art282). > Acesso em: 08 abr. 2020



Conclui-se que a prisão preventiva é mero instrumento a serviço do processo penal, sem caracterização da prisão-pena. Apenas reforça o poder da justiça, de modo a garantir seu pleno funcionamento. Portanto não se pode falar em antecipação de pena.

Diante dessas acepções se leva ao entendimento dos tribunais estaduais pelo país, onde afirmam não ser cabível a tipificação do crime de desobediência para o caso do descumprimento de medidas protetivas mediante a lei maria da penha, pois tais medidas já seriam sanções cabíveis para tal.

Sendo assim, o Superior Tribunal de Justiça<sup>8</sup> uniformizando o entendimento acabou por entender que a conduta seria atípica, com base no princípio já comentado acima, o da Subsidiariedade do Direito Penal, no qual assevera que o Direito Penal somente deve ser utilizado quando não houver previsão de outras sanções:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. 1. O crime de desobediência é um delito subsidiário, que se caracteriza nos casos em que o descumprimento da ordem emitida pela autoridade não é objeto de sanção administrativa, civil ou processual. 2. O descumprimento das medidas protetivas emanadas no âmbito da Lei Maria da Penha, admite requisição de auxílio policial e decretação da prisão, nos termos do art. 313 do Código de Processo Penal, afastando a caracterização do delito de desobediência. 3. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgRg no REsp: 1476500 DF 2014/0207599-7, Relator: Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 11/11/2014, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2014).

Sendo assim, para a caracterização do delito de desobediência é imprescindível que exista lacuna legislativa nos demais ramos do direito para o descumprimento da ordem legal emanada por funcionário público, entretanto, para o caso há sanções em demasia e que colidem de forma a enfraquecer a tipicidade, descaracterizando assim o crime. (STJ, HC 348.265/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 26/08/2016)<sup>9</sup>

Tal conduta de descumprimento de medida protetiva foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal de modo semelhante ao decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, decidindo também pela atipicidade da conduta. Conforme se observa dos fundamentos demonstrados abaixo:

Diante desse quadro, não assiste razão aos ora agravantes quanto à reforma da decisão agravada, porquanto é do entendimento das duas Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte que, havendo, como de fato há, no Código de Processo Penal, a

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp: 1476500 DF 2014/0207599-7*, Relator: Ministro Walter de Almeida Guilherme, 5ª T., DJe 19/11/2014.

<sup>10</sup> BRASIL,. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 348.265/SC*, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 26/08/2016.



possibilidade de prisão preventiva, para o caso de descumprimento de medida protetiva decretada por juiz, em processo específico, não há falar em crime de desobediência. ” (RE 862844/ DF Brasília, 18 de fevereiro de 2015. Ministro Luís Roberto Barroso).<sup>10</sup>

Decisões essas conflitantes com o sentido da Lei Maria da Penha, uma vez que esta lei veio com o propósito de erradicar qualquer forma de violência para contra a mulher, não abrangendo apenas a violência física, mas a violência no sentido amplo da palavra, uma vez que a Lei nº. 11.340/06<sup>11</sup> pode e deve ser aplicada a diversos crimes do Código Penal<sup>12</sup>, não se limitando apenas aos crimes contidos no Título I do Código Penal<sup>13</sup>, já que até mesmo um furto pode ocorrer em decorrência do menosprezo a condição de mulher da vítima.

Conforme disposto na Convenção de Belém do Pará é necessário a utilização de medidas para erradicar a violência contra a mulher, assim como a adoção de legislações em que assegurem de modo pleno o direito das mulheres, o que as decisões dos tribunais superiores não abrangem.

Destarte, a lei tema deste artigo se destina aos fins de que a Lei Maria da Penha foi criada. Pois esta lei veio para preencher a lacuna existente no ordenamento jurídico pátrio, onde a mulher ficava desguarnecida de uma proteção perante seu agressor.

## 2. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA

A Lei nº. 13.641/18<sup>14</sup> veio com a finalidade de dirimir a controvérsia existente, que nem mesmo os tribunais superiores chegaram a dirimir, uma vez que a decisão veio a desproteger ainda mais a fragilizada mulher.

Com esta lei veio uma maior proteção a vítima, pois criou uma punição mais rigorosa ao infrator, uma vez que mesmo com as sanções existentes para o descumprimento, aquelas exigiam que se passasse pelo judiciário, pois deveriam ser notificadas pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública.

Antes do advento da referida lei não era possível a prisão em flagrante do agressor, uma vez que não estava praticando um delito, mas apenas descumprindo uma medida cautelar, na forma do entendimento dos tribunais superiores. Na qual eventual prisão em flagrante que ocorresse pela autoridade policial, deveria ser prontamente relaxada, porque haveria uma

<sup>10</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 862844, Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 18/02/2015.

<sup>11</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

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

<sup>13</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>14</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.



ilegalidade nesta, por ausência de conduta delituosa no direito penal, apenas havia conduta que infringia o direito processual penal.

Anteriormente a lei, somente poderia haver legalidade na ação da polícia em caso de novo episódio de agressão perante a mulher. Fato este que não corroborava o sentido em que foi criada a lei maria da penha. Sendo assim, conforme previsão no artigo 1º da Lei Maria da Penha:<sup>15</sup>

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Conforme previsões dispostas em tratados assinados e ratificados pelo Brasil, é necessário que toda mulher tenha direito a vida, liberdade, igualdade, e que sua integridade física e moral seja respeitada e protegida, seja essa proteção por meio de políticas públicas e/ou por meio de ações legislativas para tal, conforme feito na Lei nº. 11.340/06<sup>16</sup> e posteriormente em outras leis que alteraram esta visando otimizá-la, como na referida Lei nº. 13.641/06<sup>17</sup> que veio a buscar a criminalização do agressor que descumprir medidas protetivas decretadas por autoridade judicial.

Desta forma, foi necessária e de bom grado a criação da lei que criminalizou a conduta de descumprimento de medida protetiva ante a mulher, pois o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que o obrigaram a criar a norma, para assim atingir o espírito de igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Para Aury Lopes Meireles<sup>18</sup>, é necessário que a informação da medida protetiva imposta seja repassada ao eventual infrator, pelo juízo, para que assim possa ocorrer o devido contraditório e a ampla defesa de tal infrator. Porque este deve ser ouvido anteriormente a decretação da medida, uma vez que além de garantir direitos a mulher ofendida, esta medida deve ser condizente com a realidade para que não haja assim excesso de direitos para a mulher,

---

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

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> BRASIL. op. cit., nota 2.

<sup>18</sup> LOPES Jr., Aury. *Direito Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p.125





porque qualquer que seja o procedimento sem o devido contraditório trata-se de repressão excessiva.

A falta do contraditório acerca da medida protetiva infringe o princípio corolário do direito moderno, que é o devido processo legal. Tendo em vista que o direito de defesa é assegurado tanto ao autor como ao réu, é imperioso destacar a expressão em latim *audiatur et altera pars*, onde afirma que deve-se dar à outra parte o direito de contestar, caracterizando assim a estrutura dialética do processo.

Tal afirmação do contraditório pode ser confirmado por Humberto Theodoro Júnior<sup>19</sup>, em que este entende que só há relação de obrigação entre as partes do processo, toda decisão somente será proferida após ouvidas as partes e que esta decisão afetará apenas as partes.

Conforme noticiado pelo Conselho Nacional de Justiça, a competência para decretação dessas medidas cabem ao juízo cível ou criminal do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher, em qualquer local, onde quer que a vítima se encontre, não sendo necessário ter residência no local, com foco na maior proteção a mulher. Haja vista que se houvesse a necessidade de a medida ter sido decretada no local da residência da vítima ou do infrator acabaria por enfraquecer a sanção:

ENUNCIADO 3 – A competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações cíveis e as de Direito de Família ser processadas e julgadas pelas varas cíveis e de família, respectivamente” (FONAVID 2018).<sup>20</sup>

Mas para tal decretação da medida é imprescindível o requerimento da vítima, seja em sede policial ou em juízo. Não cabendo ao judiciário decidir de ofício no tocante a medida. E posteriormente deve ser examinado pelo magistrado em até 24 (vinte e quatro) horas necessidade e adequação da medida protetiva decretada, para casos em que tenha sido decretado em sede policial.

Conforme já verificado anteriormente, para a decretação dessa medida, se fará necessário avaliar os requisitos para concessão de medidas cautelares, quais sejam a *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Neste sentido temos as decisões.

<sup>19</sup> THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V.1. Rio de Janeiro: Forense. 2019, p76.

<sup>20</sup> FONAVID, Recife, 12 de março de 2018, Enunciado 3. Disponível em:

<https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php#:~:text=ENUNCIADO%203%3A%20A%20compet%C3%Aancia%20c%C3%ADvel,c%C3%ADveis%20e%20de%20fam%C3%ADlia%2C%20respectivamente. Acesso em: 16 de jun. 2020.>



APELAÇÃO CRIMINAL – LEI MARIA DA PENHA – MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DEFERIDAS COM PRAZO DETERMINADO – POSSIBILIDADE. As medidas protetivas previstas na Lei n.º 11.340/06 possuem caráter excepcional, devendo ser aplicadas apenas em situações de urgência que as fundamente e dentro dos prazos razoáveis de duração do processo, tendo-se sempre como escopo os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Assim, não há impedimento na fixação do prazo das medidas, sob pena de se perpetuar indefinidamente um constrangimento ilegal sem a comprovada justa causa. (TJ-MG – APR: 10707160023347001 MG, Relator: Paulo César Dias, Data de Julgamento: 09/05/2017, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 16/05/2017).<sup>21</sup>

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – MEDIDAS PROTETIVAS – FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PARA A MANUTENÇÃO DAS MEDIDAS – RECURSO PROVIDO. – Inexistindo o pressuposto do perigo na demora para a manutenção das medidas protetivas, uma vez que decorrido longo período de tempo desde os acontecimentos narrados pela vítima, devem ser elas afastadas – Recurso provido. (TJ-MG – APR: 10024171154073001 MG, Relator: Corrêa Camargo, Data de Julgamento: 06/02/2019, Data de Publicação: 13/02/2019).<sup>22</sup>

Este crime é um crime de perigo, uma vez que havendo a conduta, a vítima estará desprotegida e o Estado terá sido lesado, portanto neste momento estará ferido o bem jurídico tutelado, seja diretamente no caso do Estado, pois teve uma decisão legalmente desrespeitada, ou indiretamente no caso da mulher, que estará correndo perigo. Este é um tipo penal protetivo, portanto reforça o sentido da Lei Maria da Penha, na forma do art. 1º da Lei n.º. 11.340/06.<sup>23</sup>

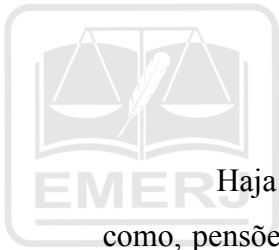
Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Portanto, para a tipificação não se faz necessário a existência da violência, bastando o contato, desrespeitando a decisão. Contato este que pode ser substanciado no retorno a residência, procura por familiares e amigos da vítima a sua procura, rodear a casa da vítima ou até mesmo por meio de ligações e mensagens para a vítima ou eventual descendente desta com fim de perturbar a sua tranquilidade.

<sup>21</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais . APR: 10707160023347001 MG, Relator: Paulo César Dias, Data de Julgamento: 09/05/2017.

<sup>22</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais . APR: 10024171154073001 MG, Relator: Corrêa Camargo, Data de Julgamento: 06/02/2019, Data de Publicação: 13/02/2019.

<sup>23</sup> BRASIL. op. cit., nota 3.



Haja vista que o mero contato com familiares da vítima para resolução de questões tais como, pensões, notícias acerca da saúde, visita a descendente e até mesmo um encontro não premeditado, não caberá falar em tipicidade da conduta, porque faltará o especial fim de agir do delito, que seria a intenção de violar a decisão judicial.

Em atendimento ao princípio penal da irretroatividade, somente estará abarcado e podendo ser infrator do delito, aquele que violar a decisão judicial que for imposta após a vigência da norma. Portanto, para descumprimentos anteriores a vigência da lei somente será cabível as demais decisões cautelares tais como multa, prisão preventiva, dentre outros. Mas não incorrerá no delito contido na lei nova de nº. 13.641/18.<sup>24</sup>

Observando a consunção, este crime de descumprimento estaria abrangido por outro, quando o agressor desrespeitasse esta decisão e cometesse outro delito contra a mulher, já que segundo este princípio o delito menor fica englobado pelo maior, quando o crime-meio, no caso do art. 24-A da Lei nº. 13.641/18<sup>25</sup> fosse apenas um meio para a prática de um delito mais grave.

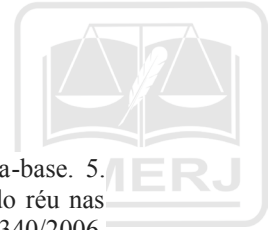
Entretanto, este não é o fim pretendido pela lei, e tribunais buscando a interpretação teleológica desta lei, passaram a decidir que este crime seria autônomo de demais crimes. Porque caso o princípio da consunção fosse observado de forma rígida, estaria se criando na maior parte dos casos uma letra morta de lei.

Conforme decisão:

APELAÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA E DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. PENA. REDUÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO NAS PRIMEIRA E SEGUNDA FASES DA DOSIMETRIA. DESPROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Em crimes praticados no âmbito doméstico e familiar, a palavra da vítima assume especial relevância. Não há que se falar em absolvição por falta de provas diante das declarações da vítima, firmes e harmônicas, no sentido de que o réu a ameaçou, além de ter descumprido as medidas protetivas deferidas anteriormente, ao se aproximar da residência da ofendida. 2. O princípio da consunção só pode ser empregado quando o conjunto fático-probatório apontar que um dos crimes foi cometido somente para a concretização de um delito-fim, de modo que o segundo absorveria o primeiro. Não é a hipótese dos autos, em que o crime de ameaça foi praticado com desígnio autônomo do crime de descumprimento de medidas protetivas. 3. O Magistrado possui certa discricionariedade no momento de estabelecer o quantum de aumento da pena-base, devendo atender, no entanto, aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Na espécie, verifica-se que a majoração da pena na primeira fase da dosimetria se deu em patamar desproporcional, razão pela qual deve ser reduzida. 4. O quantum de aumento pela agravante, na

<sup>24</sup> BRASIL. op. cit., nota 2.

<sup>25</sup> Ibidem.



segunda fase da dosimetria, deve guardar proporcionalidade com a pena-base. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido para, mantida a condenação do réu nas sanções dos artigos 147, caput, do Código Penal e artigo 24-A da Lei nº. 11.340/2006, ambos c/c os artigos 5º e 7º da Lei n. 11.340/2006, reduzir o quantum de aumento nas primeira e segunda fases da dosimetria, reduzindo a pena de 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de detenção para 05 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de detenção, mantido o regime inicial semiaberto.” (TJ-DF 20180510028670 DF 0002842-39.2018.8.07.0005, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 08/11/2018, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 20/11/2018 . Pág.: 332-342).<sup>26</sup>

Pois conforme a própria lei, é possível haver até mesmo o concurso formal de crimes, quando forem praticados mediante uma única ação dois ou mais crimes.

A ação penal deverá ser pública incondicionada, porque qualquer lei especial será essa a modalidade de ação, uma vez que na lei não há qualquer exigência de que a ação ocorra de outro modo. Na falta de exigência de que a ação seja privada, ou pública mediante representação, esta se dará na forma de ação penal pública incondicionada.

Falando-se da prisão em flagrante, esta será possível e obrigatória para este delito, possibilitando até mesmo a decretação de prisão preventiva, mesmo em se tratando de crime autônomo, outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

HABEAS CORPUS – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – PRÁTICA, EM TESE, DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 24-A DA LEI N. 11.340/06 E 147 DO CP, POR DUAS VEZES, NA FORMA DO ART. 71, AMBOS DO CP, C/C ARTS. 5º, INC. III, E 7º, INC. II, AMBOS DA LEI N. 11.340/06. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA – NECESSIDADE DE GARANTIR-SE A ORDEM PÚBLICA E ASSEGURAR A INTEGRIDADE DA VÍTIMA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS LOGO APÓS A CIENTIFICAÇÃO DO AGRESSOR – DECISÃO FUNDAMENTADA NO RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO – AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. O descumprimento de medida protetiva anteriormente imposta é fundamento idôneo para decretação da segregação do paciente a fim de garantir a ordem pública diante do risco de reiteração criminosa. POSSÍVEL FUTURA CONVERSÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS OU FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO – CONJECTURA QUE NÃO IMPEDE A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. “Descabido o argumento de desproporcionalidade do cárcere cautelar à futura pena do recorrente, porquanto só a conclusão da instrução criminal e a análise completa das diretrizes do art. 59 do Código Penal serão capazes de revelar qual será a pena adequada e o regime ideal para o seu cumprimento, sendo inviável tal discussão neste momento, bem como impossível a concessão da ordem por presunção” (STJ, Min. Reynaldo Soares da Fonseca). PRIMARIEDADE, RESIDÊNCIA FIXA E OCUPAÇÃO LÍCITA – CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO OBSTAM O INDEFERIMENTO DO PLEITO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. “Predicados do acusado, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa não justificam, por si sós, a revogação da custódia processual, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que

<sup>26</sup> Tribunal de Justiça do Distrito Federal 20180510028670 DF 0002842-39.2018.8.07.0005, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 08/11/2018, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 20/11/2018



autorizem a decretação da medida extrema” (STJ, Min. Laurita Vaz). FIXAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP – INSUFICIÊNCIA, NO CASO.  
\*\*27

De modo que durante a situação flagrancial, pode ocorrer mesmo após a situação de fato, desde que seja encontrado o autor com materiais necessários para o delito que presumam ser ele o autor da ação. Portanto, será cabível a decretação da prisão em flagrante para todas as hipóteses de flagrante previstas no Código de Processo Penal, haja vista que todas podem ocorrer com o tipo penal em comento.

### 3. PODERES DO DELEGADO DE POLÍCIA

Trata-se de crime próprio, somente podendo ser cometido por quem tenha sobre si uma ordem judicial emada por autoridade competente, a qual afirme a proibição expressa de aproximar-se ou de manter contato com pessoa anteriormente ofendida, conforme a previsão contida no texto legal:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)  
Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)<sup>28</sup>

Infração penal esta que pode ter como sujeito passivo qualquer pessoa, seja homem ou mulher, bastando apenas as condições da vítima, onde esta esteja sofrendo a ação por suas características do gênero feminino. Cabendo a aplicação da lei Maria da Penha até mesmo em relações homossexuais, desde que presente a condição da vítima no gênero feminino.

A atuação do Delegado apenas ocorrerá, quando o autor do delito tiver sido intimado previamente da decisão de afastamento de contato para com a vítima do delito pré-existente, eis que a intimação do acusado acerca do teor da medida é condição necessária para que ocorra o fato típico. Sem a devida ciência oficial, não há falar em consumação do delito, já que para este caso não há qualquer possibilidade de convalidação do ato.

Portanto, a prisão captura do acusado sem que este tenha sido intimado da decisão de medida protetiva de afastamento estar-se-á tratando de ato manifestamente ilegal. Contexto este que não subsistirá o dolo de descumprimento da medida judicial de afastamento.

<sup>27</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HCn° 40001189820198240000* sob relatoria da ministra Laurita Vaz, na data de data de publicação em 15/01/2019.

<sup>28</sup> BRASIL. op. cit., nota 2.



Uma vez que se fala de ordem judicial para o delito, não será possível ao delegado a prisão do indivíduo com base em sua própria decretação de afastamento, sendo imprescindível para tal delito a manifestação e apreciação do Poder Judiciário. Portanto, conforme interpretação gramatical do texto legal faz-se necessário ordem judicial, ordem esta que somente é emanada pelo magistrado, não cabendo a mera decretação policial.

Logo, para decretação da prisão em sede policial se faz necessário a ciência oficial conjugada com o dolo do agente, sem os quais não há possibilidade de falar no delito. Entretanto, é aceito outras medidas para frear o ímpeto do acusado, sem que se exclua a lei em comento. Sendo possível até mesmo a decretação de prisão preventiva, sem que haja exclusão deste delito em análise.

Tomando por base a sanção máxima cominada em abstrato para a pena, qual seja de 02 (dois) anos, cria-se outro conflito, porque estaremos tratando de crime de menor potencial ofensivo, e daí as diversas questões anteriormente já tratadas.

Caberá a aplicação do arbitramento de fiança para o delito? Entende-se que sim, pois já sabemos que não se trata de um crime que não tutela diretamente a mulher, mas indiretamente. Tutela diretamente a administração da justiça e suas decisões, de modo que se enquadrando no conceito de menor potencial ofensivo para o delito, será consequentemente cabível.

Tal afirmação de que tutela a administração da justiça e não diretamente a mulher vem do fato que o art. 7º da Lei nº. 11340<sup>29</sup> aduzir que o injusto penal não se amolde perfeitamente a nenhuma das hipóteses, consubstanciadas na violência física, psicológica, sexual ou patrimonial. Uma vez que a conduta pode ser praticada até mesmo por meio de uma ligação, não incorrerá nos incisos contidos neste artigo.

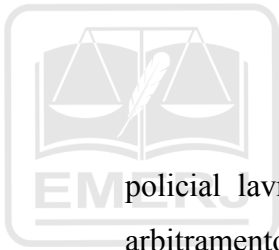
Melhor aplicação para o delito seria caso a pena máxima cominada em abstrato tivesse sido proposta acima dos dois anos, porque neste caso romperia a barreira do delito de menor potencial ofensivo, de modo a romper com as restrições impostas na Lei nº. 9.009/95.<sup>30</sup>

Partindo do pressuposto da não impossibilidade da lavratura do auto de prisão em flagrante, dada a pena máxima para o delito, sendo lavrado o termo circunstanciado de ocorrência para posterior comparecimento do acusado em sede judicial, mas uma vez que se recuse a opor sua assinatura o termo, havendo assim uma recusa expressa. Deverá a autoridade

---

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

<sup>30</sup> BRASIL, *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)> Acesso em: 08 abr. 2020.



policial lavrar auto de prisão em flagrante por esta ação, logo será possível portanto o arbitramento de fiança por esta ação de recusa em assinar o termo circunstanciado?

Por conseguinte, não será possível o arbitramento de fiança por parte do delegado em consonância com o art. 24-A, §2º da Lei nº. 11340<sup>31</sup>, já que somente se faz possível esse arbitramento por parte de autoridade judicial. Por autoridade judicial se entende como o magistrado, uma vez que somente este encontra-se investido do poder *ius juridictio*, tratando-se do poder de dizer o direito.

Contudo, há decisões judiciais na quais julgam como inconstitucionais as vedações abstratas a injustos penais de médio potencial ofensivo, como observa-se no seguinte trecho da ADI nº 3112/DF<sup>32</sup>:

IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade.

Se nestes casos de vedação em abstrato para delitos de médio potencial ofensivo foi considerado inconstitucional, quiçá para delitos de pequeno potencial ofensivo, que nem mesmo acarrete lesão a vida da mulher que se busca tutelar indiretamente com o tipo penal. Porquanto a vedação de fiança no caso do art. 24-A da Lei nº.11340<sup>33</sup> se dá única e exclusivamente a impossibilidade de fiança por parte do delegado de polícia, neste caso que mais facilmente poderá vir a regra ser declarada inconstitucional.

Sabendo-se que o ordenamento pátrio somente permite a prisão pena após esgotamento das vias recursais criminais, onde no momento que se escreve este artigo trata-se do último recurso possível até mesmo nas instâncias superiores, aqui falo do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal Federal, é notório portanto que a regra no país é a liberdade.

Liberdade esta que somente pode ser restringida mediante o transito em julgado de decisão condenatória ou após a decretação de medidas cautelares pessoais nas quais se restrinjam a liberdade do indivíduo, caracterizadas pelas prisões temporárias e as prisões preventivas).

Portanto, parece evidente que deverá ser cabível ao delegado a decretação ou não do arbitramento de fiança, já que este realiza o exame dos requisitos necessários para a decretação

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., 3.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3112/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3112.pdf> >. Acesso em: 08 abr. 2020.

<sup>33</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.



da prisão preventiva, e não os estando presentes cabe a este a decretação da fiança para o acusado.

Logo, entende-se cabível ao delegado o início da demanda, porque ele deverá ser o responsável pelo arbitramento da fiança ou não, assim como entendendo não ser cabível a decretação de liberdade mediante fiança, deverá recorrer-se do judiciário e solicitar ao magistrado da demanda a decretação da prisão preventiva para que assim consiga conter o transgressor, que está contido no tipo penal do artigo 24-A da Lei Maria da Penha<sup>34</sup>.

## CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha trouxe inúmeros benefícios a condição feminina da mulher, buscando evitar e punir mais severamente agressores desta. Por meio de procedimentos como as medidas protetivas de urgência buscou-se evitar o contato desta com o seu agressor, entretanto, apenas a letra da lei não impedia que os episódios de violência voltassem a ocorrer. Pelo advento da lei nº. 13.641/18 buscou-se efetivar as medidas protetivas de urgência, de modo a tornar crime a desobediência, bem como a possibilitar a intervenção policial para impedir o novo episódio de violência, socorrendo-se da possibilidade de prisão em flagrante de delito do agressor.

Dirimiu-se eventual dúvida acerca da possibilidade de decretação de fiança ou não da autoridade policial, bem como da possibilidade de aplicação do artigo 41 da Lei nº. 11.340/06, levando assim o crime a seguir o rito processual comum, vez que por jurisprudência ainda não consolidada não seria possível a aplicação das benesses da Lei nº. 9.099/95.

Tal conflito de normas se deu pela ocasião do fato ser punível em duas modalidades, a geral do Código Penal, assim como dentro da Lei Maria da Penha, entretanto buscou-se o tempo inteiro distanciar um fato do outro, a partir das particularidades, uma vez que o delito aqui tratado envolve diretamente a violência perante a mulher.

Por meio deste, houve demonstração das possibilidades de socorro que a mulher pode se valer, seja alertando alguém para que haja a prisão do agressor, seja a ocorrência de um crime, o que se busca gerar um temor no cometimento deste.

A partir da definição do bem jurídico, que embora a jurisprudência seja mínima para o fato, pode-se definir qual será a competência para instrução e processamento do feito, que se dará no juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher, seguindo o rito sumário, uma

---

<sup>34</sup> Ibidem.





vez que não é permitido a adoção do rito sumaríssimo, com base na lei Maria da Penha, lei esta que busca resguardar direitos e garantias da mulher.

Portanto, tais medidas podem-se dizer que foram eficazes no que se destinam, atinge a finalidade preventiva do direito penal, assim como a função repressiva.

É esperado, portanto, que haja efetividade nestas normas, de modo que seja aplicada a pena contida no tipo penal sempre que houver um agressor descumprindo uma medida preventiva.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 9.099/95*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.641/18*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113641.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113641.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.340/03*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2019

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 3.689/41*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em: Acesso em: 06 mar. 2019

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 2.848/40*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: Acesso em: 06 mar. 2019

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp: 1476500 DF 2014/0207599-7*. Relator: Ministro Walter de Almeida Guilherme <Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152768746/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1476500-df-2014-0207599-7>>. Acesso em: 06 mar. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais . *APR: 10707160023347001 MG*, Relator: Paulo César Dias, <Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119556570/apelacao-criminal-apr-10024112545504001-mg/inteiro-teor-119556619>> Acesso em: 06 mar. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *APR: 10024171154073001 MG*, Relator: Corrêa Camargo, <Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/676519718/apelacao-criminal-apr-10024171154073001-mg/inteiro-teor-676519765?ref=juris-tabs>> Acesso em: 06 mar. 2020

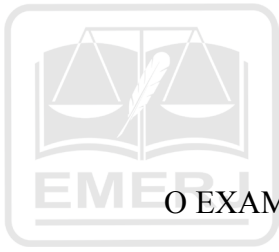
\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *20180510028670 DF 0002842-39.2018.8.07.0005*, Relator: Roberval Casemiro Belinati, <Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649170252/20180510028670-df-0002842-3920188070005/inteiro-teor-649170277?ref=juris-tabs>> Acesso em: 06 mar. 2020



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 40001189820198240000*. Relatora: Ministra Laurita Vaz, <Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-electronica-2005\\_196\\_capQuintaTurma.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-electronica-2005_196_capQuintaTurma.pdf)> Acesso em: 06 mar. 2020

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 3112/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3112.pdf> >. Acesso em: 08 abr. 2020  
CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 13.641/18: Tipifica o crime de desobediência a medidas protetivas*. Disponível em: < <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/04/lei-13-64118-tipifica-o-crime-de-desobediencia-medidas-protetivas/>>. Acesso em: 06 mar. 2019

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2019.



## O EXAME DE DNA COMO PROVA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: A CONDUÇÃO COERCITIVA DO SUPOSTO PAI

Rosane de Cássia Deminicis de Senna  
Gonçalves

Graduada pela Universidade Estácio de Sá  
no Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo** – o artigo aborda como questão central a importância de uma certeza acerca da origem biológica do pretense filho e a consequente possibilidade de uma condução coercitiva do suposto pai face à sua negativa na realização do exame de DNA na investigação de paternidade. No passado, uma presunção relativa de paternidade revelava-se a melhor opção em razão da incerteza do contexto probatório, o que hoje não mais se sustenta face à evolução científica, que forneceu métodos mais precisos de detecção do vínculo biológico. Alicerçando-se nesta evolução científica e em princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana, necessário uma reflexão quanto à necessidade de uma presunção absoluta de paternidade, que somente será obtida pelo exame de DNA, para que se verifique o respeito a direitos basilares para a formação da personalidade e capazes de assegurar a dignidade humana. Ocupa-se em ressaltar, em que pese as partes envolvidas no litígio terem seus direitos assentados em direitos fundamentais expressos na Constituição da República Federativa do Brasil, nenhum direito é absoluto, impondo-se ao julgador uma análise caso a caso para a verificação de qual direito fundamental apresenta maior efetividade possível.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Investigação de Paternidade. DNA. Condução coercitiva do suposto pai. Direito à intimidade. Direito à origem genética. Dignidade da pessoa humana.

**Sumário** – Introdução. 1. O exame de DNA na investigação de paternidade: uma discussão pautada na importância do conhecimento da origem biológica. 2. O Precedente do Supremo Tribunal Federal pela não condução coercitiva do suposto pai para realização do exame de DNA. 3. Conflito entre direitos fundamentais: O direito à identidade do investigante e o direito à intimidade do investigado. Conclusões. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a necessidade de se conferir ao pretense filho, como direito fundamental, o conhecimento de sua origem genética por meio do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade, ainda que a condução do suposto pai para o



fornecimento do material genético tenha que ser imposta pelo Estado, o que se contrapõe ao entendimento adotado pelos Tribunais Superiores.

Ainda hoje, a despeito de toda a evolução constante dos direitos políticos e sociais no Brasil, por mais paradoxal que possa parecer, o direito ao conhecimento da origem biológica, não é acolhida no ordenamento jurídico pátrio como sendo um direito fundamental.

No tocante ao tema, prevalece em nosso sistema jurídico a tese da não condução coercitiva do suposto pai ao exame de DNA, caso este se negue a realizá-lo, tendo por base os fundamentos de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; o de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si e; por fim, a incolumidade do corpo físico.

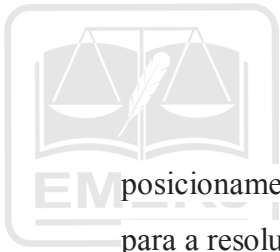
Assim, o trabalho analisa o conflito entre o direito à intimidade do suposto pai e o direito à identidade do pretense filho. Para tanto serão observadas as seguintes questões norteadoras: Como o entendimento hoje adotado pelos Tribunais Superiores, que conferem, tão somente, uma paternidade presumida, em absoluto desprezo à evolução científica que disponibiliza um exame capaz de conferir uma paternidade com certeza de 99,9%, viola o direito fundamental do pretense filho, viola o princípio da dignidade da pessoa humana e tem reflexos danosos e irreversíveis na formação do ser humano.

Para esse questionamento, o presente artigo inicia o primeiro capítulo apresentando a definição do exame de DNA, a evolução científica no conhecimento da origem biológica e sua importância nas ações de investigação de paternidade por efetivar o direito ao conhecimento da filiação, de forma absoluta, revelando o respeito à dignidade do investigante. Desse modo, é abordada a necessidade de uma readaptação da lei às inovações científicas e aos anseios da sociedade, a qual clama por meios mais eficazes para resolver conflitos.

Superada as necessárias premissas, o segundo capítulo aborda os fundamentos dos Tribunais para a não condução coercitiva na realização do exame de DNA e a disparidade da supremacia dos direitos do suposto pai face ao direito fundamental do pretense filho e o consequente impacto nos direitos da personalidade do investigante.

O terceiro capítulo aponta a necessidade, diante do método da ponderação dos princípios envolvidos no tema, de ser assegurada a presunção absoluta nas ações de investigação de paternidade como a melhor opção para a solução das demandas e como garantia de direitos fundamentais, amparada, sobretudo, na dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho materializa a preocupação com aqueles que buscam a verdade real sobre sua origem. Amparado nessa importância, busca-se demonstrar, contrariando o



posicionamento adotado pela Suprema Corte, os princípios relevantes que devem prevalecer para a resolução de casos dessa natureza.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que elege um conjunto de proposições hipotéticas viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fim de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), para sustentar a sua tese.

## 1. O EXAME DE DNA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NA IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA

De princípio, importante informar que<sup>1</sup> “O Ácido desoxirribonucleico é um composto orgânico formado por moléculas responsáveis pelo armazenamento do material genético dos seres vivos” e que transmitem as características hereditárias de cada ser vivo.

<sup>2</sup>O DNA pode ser detectado no núcleo de qualquer célula de um organismo, dentro de pequenos pacotes genéticos chamados cromossomos, com exceção das células vermelhas do sangue (hemáceas) que não tem núcleo e, portanto, não tem DNA – é formado desde a concepção e jamais sofre qualquer alteração ao longo da vida da pessoa. Nesse sentido<sup>3</sup>:

DNA é a abreviação do ácido desoxirribonucleico, considerado o tijolo de construção genética da vida. É a extrema variabilidade a nível de DNA que supera a variabilidade de outros sistemas utilizados anteriormente (ABO, Rh, HLA, etc). Através de sua análise podemos diferenciar um indivíduo do outro, já que todas as pessoas apresentam um padrão único em seu DNA [...]

Na linha de descoberta desse método revolucionário, Eduardo de Oliveira Leite<sup>4</sup> informa que:

em 1953, Francis Crick e James Watson descreveram, pela primeira vez, a estrutura molecular do DNA. Em 1985, Alec Jeffreys descobriu que a partir de determinadas sequências de combinações químicas, contidas na molécula, era possível diferenciar cada indivíduo, com a única exceção dos gêmeos monozigóticos, de idêntica herança genética.

<sup>1</sup>BORGES, Dayane. *Acido desoxirribonucleico. O que é? Definição, estrutura e funções*. Disponível em: <<https://conhecimentocientifico.r7.com/acido-desoxirribonucleico/>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

<sup>2</sup>RASKIN, Salmo. *DNA e investigação de paternidade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/538/dna-e-investigacao-de-paternidade>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *DNA como meio de prova da filiação*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 222.



Nesse raciocínio, Elza Spanó Teixeira<sup>5</sup> relata que “o experimento inaugurado pelo geneticista Alec Jeffreys, ganhou espaço no Brasil em 1986, com o médico Sérgio Danilo

Junho Pena, do Núcleo de Genética MReveja, por favRédica (Gene-MG), localizado em Belo Horizonte, Minas Gerais” [...].

Conforme estudos realizados pela Universidade Federal do Paraná<sup>6</sup> a análise da ancestralidade pode evitar erros nas pesquisas, inclusive, sobre doenças e suas causas genéticas. A depender do caso, o direito à vida pode depender dessa confirmação, pois se uma pessoa fica privada do conhecimento das doenças características de sua ancestralidade ficará impedida de prevenir, de atuar positivamente, na prevenção de doenças como diabetes, câncer e etc, pois desconhecia a tendência de seus familiares para o desenvolvimento dessas doenças.

Nessa linha de conhecimento, Maria Edwiges Hoffmann, em seu estudo sobre os marcadores genéticos da dependência química, informa que<sup>7</sup>:

estudos sobre o comportamento de abuso de drogas por humanos mostram que a dependência do álcool e de substâncias psicoativas é influenciada por fatores biológicos e ambientais. A pesquisa atual evidencia claramente que a dependência de álcool, do tabagismo e de drogas como a maconha e cocaína sofre influências familiares. [...]

Esse e outros estudos, como o da professora em genética humana e coordenadora do centro de estudos do genoma humano, Mayana Zatz<sup>8</sup> revelam porque algumas pessoas tornam-se dependentes e outras têm aversão às mesmas substâncias, bem como diferentes trabalhos indicam, inclusive, <sup>9</sup>que o bom-humor e o otimismo, também teriam influências genéticas, revelando um caminho eficiente para o conhecimento e, quem sabe, solução de questões importantes que afligem o ser humano.

Acerca do grau de certeza e confiança, desse exame, Eduardo de Oliveira Leite<sup>10</sup> enfatiza que “o índice de confiabilidade do DNA, quando todos os cruzamentos de sequências são devidamente testados, permite hoje atingir um grau de certeza não inferior a 99,9999%, tanto de determinação quanto de exclusão da paternidade”.

---

<sup>5</sup> TEIXEIRA, Elza Spanó; SANTOS, Márcia Regina Soares Seixas. *Medicina legal e genética aplicada à defesa penal*. São Paulo: LTr, 1998, p.15.

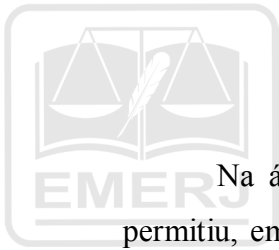
<sup>6</sup> SANTONS, Jones. *Jornal da Universidade Federal do Paraná. Ancestralidade ajuda a justiça e a medicina*. Disponível em: <<http://www.jornalbeiradorio.ufpa.br/novo/index.php/2007/31-edicao-49/368-ancestralidade-ajuda-a-justica-e-a-medicina>>. Acesso em: 29 mai. 2020.

<sup>7</sup>HOFFMANN, Edwiges. *Marcadores genéticos da dependência química*. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/dossies-1-72/especial/drogas/drogas06.htm>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

<sup>8</sup>MAYANA, Zatz. *Projeto genoma humano e ética*. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-8839200000300009&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-8839200000300009&script=sci_arttext&tlng=pt)>. Acesso em: 28 mai. 2020.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> LEITE, op. cit., p. 222-223.



Na área criminal, a importância e repercussão da descoberta do exame de DNA<sup>11</sup> permitiu, em 1986, pela primeira vez, identificar a autoria de um crime. O geneticista Alec Jeffreys foi solicitado a auxiliar na solução desse caso, que ocorreu numa cidade da Inglaterra, onde duas jovens foram estupradas e assassinadas.

Uma vez revelada a incontestável eficiência dessa nova técnica de investigação criminal para que crimes dessa natureza sejam desvendados com o confronto das demais provas do processo judicial, abriu-se perspectivas nunca antes imaginadas, contribuindo para a identificação do criminoso. Possibilitando tanto a condenação de uma pessoa quanto sua absolvição.

No tocante às ações investigatórias de paternidade, o exame de DNA permite a certeza absoluta da exclusão da paternidade ou, ainda, da descendência ou não, o que traduz a entrega de uma prestação jurisdicional eficaz.

Denota-se que antes do exame de DNA, uma paternidade presumida se justificava e, por certo, revela-se a melhor solução, mas sua permanência nos dias atuais, reflete gritante violação aos direitos do investigado, inobservância de um avanço tecnológico que pode, inclusive, prevenir e tratar doenças herdadas geneticamente, bem como impeditivo para a realização da justiça e descoberta da verdade real.

Vale ressaltar, ainda, que a credibilidade e o grau de certeza, gerada pelo sistema de análise do DNA, culminou na possibilidade de rever resultados obtidos pelas técnicas pré-existentes à evolução da ciência, admitindo-se, inclusive, a relativização da coisa julgada em casos onde a paternidade e até a maternidade, não havia sido totalmente aceita antes do advento desta técnica, conforme agravo de Instrumento nº 2005.0020033360<sup>12</sup>:

o direito à filiação é um direito humano fundamental, reconhecido constitucionalmente e integrante da dignidade da pessoa humana, princípio basilar da República Federativa do Brasil. (...) A segurança representada pela coisa julgada e o direito à filiação, devem ser sopesados e, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, impera que prevaleça o direito do filho em saber quem é seu ascendente.

E tal modificação justifica-se, pois, de princípio esbarrava-se no direito fundamental da coisa julgada consagrado no artigo 5º, XXXV da CRFB<sup>13</sup>, que objetiva dar segurança às

<sup>11</sup>CÂMARA, Brunno. *Primeiro caso de identificação criminal através do DNA*. Disponível em: <<https://www.biomedicinapadrao.com.br/2013/01/primeiro-caso-de-identificacao-criminal.html>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

<sup>12</sup>JUSBRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Agravo de Instrumento nº 2005.0020033360*. Relator: Ministro Vasquez Cruxên. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4258457/agravo-de-instrumento-ai-20050020033360>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>13</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2020.



relações jurídicas. Todavia, as normas jurídicas são mutáveis e buscam conformidade com a evolução de sua sociedade, guiando-se pelas transformações desta, o que permite mudanças legislativas a adequar o ordenamento jurídico às novas realidades sociais. E guiando-se por essas evoluções os Tribunais passaram a acolher a relativização da coisa julgada em casos como o acima informado.

E esse entendimento foi confirmado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 900521<sup>14</sup>, em que informou que a identidade genética, o direito a descoberta da ascendência genética, é personalíssimo, imprescritível, direito fundamental e decorrente da dignidade humana.

Da mesma forma que o Direito partiu de um total descaso dos filhos havidos fora do casamento e passou a vedar a discriminação entre filhos, sejam eles havidos ou não de uma união legítima, assegurando a todos direitos iguais, a ciência evoluiu de empíricos estudos de semelhança externa para atingir a certeza da identificação através do DNA.

As ciências biomédicas evoluíram sensivelmente e de modo visível, procurando conhecer melhor o ser humano, com o claro objetivo de desvendar os mistérios da vida e sua origem, não cabendo recusas infundadas a revelar verdadeiro abuso de direito chancelado pelo Estado e a confirmar um retrocesso na busca da verdade biológica.

## 2. O PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA NÃO CONDUÇÃO COERCITIVA DO SUPOSTO PAI PARA REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA

De início, é essencial abordar o *Habeas Corpus* nº 71.373-4<sup>15</sup>, de relatoria do Ministro Francisco Rezek, em que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 10 de novembro de 1994 decidiu, por 6 votos a quatro, que “a condução forçada de indivíduo à realização de exame de verificação de paternidade viola os princípios da dignidade humana, da integridade física, da intangibilidade do corpo humano e da legalidade”.

Esse *Habeas Corpus* foi provocado em razão do acórdão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>16</sup> que havia confirmado a decisão da Juíza da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Centralizado de Porto Alegre, que determinou que o investigado fosse “conduzido debaixo de vara” para a realização do exame de DNA, caso

<sup>14</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo nº 900521*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323622>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

<sup>15</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 71.373-4*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Disponível em: <[http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia\\_pt\\_br&idConteudo=185162&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185162&modo=cms)>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>16</sup> MORAES, op. cit., p. 218.





houvesse sua recusa e, desta forma, se estabeleceria a certeza ou a exclusão quanto a paternidade de duas meninas menores, gêmeas.

No julgamento do caso pelo STJ, discutiu-se a teoria do abuso de direito constitucional, porque os dois, tanto o investigante quanto o investigado, têm direitos fundamentais envolvidos no tema tratado. O investigante tem o direito de saber quem é seu pai e tem os direitos correlatos dessa paternidade, direito à sua identidade como ser humano, direito a respostas sobre determinadas indagações que podem mudar sua vida completamente - e o investigado tem o direito à sua intimidade.

E os sábios argumentos utilizados na decisão do STJ, para a condução coercitiva do pretense pai, foram no sentido de que ele tem sim o direito à intangibilidade do seu corpo, tem direito a sua integridade, mas o que ele ganharia com isso? - Ou seja, a teoria do abuso de direito, que muito foi discutida no STJ, informa que ao exercer um direito de forma legítima, se o sujeito acaba não tendo proveito, não alcançando a finalidade do exercício do direito que lhe é assegurado e, ainda, causa danos a outrem, o seu exercício é abusivo, razão pela qual ele começa lícito e termina como ilícito.

E no julgamento do *Habeas Corpus* no STF também se discutiu o abuso de direito, contudo, diverso da posição do STJ, a maioria dos Ministros entendeu que não precisaria violentar a integridade física do investigado, porque haveria outra solução para atender ao interesse do filho, que seria a imputação de uma paternidade presumida.

E, assim, o entendimento que hoje prevalece é o de que o suposto pai tem o direito de negar-se a realizar o exame de DNA que busca a comprovação de sua paternidade, a considerar os princípios da legalidade, artigo 5º, II da CRFB<sup>17</sup>; da dignidade humana na figura da intangibilidade do corpo físico, artigo 1º, III da CRFB<sup>18</sup>; e o princípio de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si, artigo 5º, LXIII da CRFB<sup>19</sup>.

É de fácil verificação que o STF buscou garantir ao filho um nome em seu registro de nascimento, uma vez que a recusa do pai somada à ausência de prova para contrapor aquelas constantes na inicial lhe imputará uma paternidade presumida. E esse entendimento tem amparo nos artigos 231 e 232 do Código Civil 2002<sup>20</sup>. Contudo, com essa posição o STF garante ao filho o nome do pai, garante o direito de conhecer um pai registral, mas não lhe garante a certeza absoluta do pai biológico. Sob esse restritivo olhar não se faria necessária a

---

<sup>17</sup>BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>18</sup>Ibid.

<sup>19</sup>Ibid.

<sup>20</sup>BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 1 jun. 2020.

submissão compulsória do investigado ao exame de DNA para se alcançar o almejado.

Esse entendimento foi seguido pelo STJ, consagrado na Súmula nº 301<sup>21</sup>, de 2004, que informa “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Em 2009, a Lei nº 12.004 alterou a Lei nº 8.560/1992, regulamentando a investigação de paternidade e seguindo o entendimento adotado pelo STF e pela súmula do STJ.

Ocorre que, dá a impressão de que os Ministros que votaram pela não condução coercitiva confundem dois direitos: direito de filiação e direito de conhecer a ascendência biológica. São dois direitos totalmente distintos, porque se o vínculo biológico fosse condição necessária para se atribuir vínculo de paternidade eu não teria a adoção, a posse de estado de filho, não teria diversas situações em que você prescinde do vínculo biológico para gerar um vínculo de filiação.

E os princípios invocados no *Habeas Corpus* para assegurar a não condução coercitiva deixam de observar algumas peculiaridades envolvendo o caso analisado.

No que toca o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si, importante observar que trata de um princípio do direito penal aplicado no âmbito civil analogicamente, o que parece um contrassenso, já que o que se investiga é a paternidade. Em caso de resultado positivo, ao pai será atribuída a paternidade e não um crime.

Ponto importante a ser também analisado nesse princípio é que a recusa na realização do exame pode resultar numa paternidade presumida e, diversamente, com a realização do exame somente será imputará a paternidade caso provada, efetiva, de onde cabe concluir que a sua negativa é o que constitui uma prova contra si e não a realização do exame.

Argumento que igualmente não se sustenta diz respeito ao princípio da legalidade, que estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Na decisão, o STF entendeu pela impossibilidade da condução coercitiva por ausência de uma lei no caso tratado e foi além, afirmando que ainda que existisse uma lei nesse sentido ela seria inconstitucional. Contudo, o voto do Ministro Relator, Francisco Rezek, como informado por Maria Celina Bodin<sup>22</sup> derruba esse entendimento:

colhem-se, no voto do Ministro Rezek, dois fundamentos legais permissivos da aludida perícia forçada, quais sejam, o do artigo 27 do ECA e o do artigo 378 do CPC. O primeiro estabelece que o conhecimento do estado de filiação não pode sofrer qualquer restrição, sendo certo que a recusa significará restrição. O segundo

<sup>21</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 301*. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_inter\\_net/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_23\\_capSumula301.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_inter_net/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf)>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>22</sup>MORAES, op. cit., p. 228.



estipula que todos têm o dever de colaborar com o poder judiciário para o estabelecimento da verdade.

E prossegue a referida autora<sup>23</sup>:

cita, ainda, o Ministro Francisco Rezek outros dispositivos processuais, em tema de prova. São eles os artigos 369 e 370, que servem a autorizar, de um lado, que o juiz determine as provas que considera necessárias à instrução do processo e, de outro, a admitir não apenas meios legais, mas também meios “moralmente legítimos”, desde que hábeis a provar a verdade dos fatos em que se funda a ação.

Quanto à intangibilidade do corpo físico, estabelecida como violadora da dignidade humana, caso o investigado fosse conduzido coercitivamente, revela que no entendimento do STF um minúsculo furo de agulha no braço do suposto pai para extração de apenas umas gotas de sangue, apto a comprovar uma paternidade com 99,9999% de certeza, ou a coleta de alguns fios de cabelo ou gotas de saliva, violaria a dignidade humana, mas negar a uma pessoa o conhecimento de sua identidade biológica e estabelecer, tão somente, uma paternidade presumida não violaria. Como salientado por Maria Celina Bodin de Moraes<sup>24</sup> “O sacrifício imposto ao pretenso pai é, como notou em seu voto o Ministro Francisco Rezek, de considerar-se “risível”.

Nesse entendimento, o Ministro Ilmar Galvão<sup>25</sup>, ressaltou que:

não se busca com a investigatória, a satisfação de interesse meramente patrimonial, mas, sobretudo, a consecução de interesse moral(...). Trata-se de interesse que ultrapassa os limites estritos da patrimonialidade, possuindo nítida conotação de ordem pública, aspecto suficiente para suplantar, em favor do pretenso filho, o egoístico direito à recusa, fundado na incolumidade física, no caso, afetada em proporção ridícula.

Tema que igualmente merece destaque é o dever de todos que participam do processo de comportar-se de acordo com a boa-fé e lealdade processual, conforme determina o artigo 5º do Código de Processo Civil<sup>26</sup>. Nesse sentido informa Ada Pellegrini<sup>27</sup>:

é reprovável que as partes se sirvam do processo faltando ao dever de verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos. Já vimos que o processo é um instrumento posto à disposição das partes não somente para a eliminação de seus conflitos para que possam obter respostas às suas pretensões, mas também para a pacificação geral na sociedade e para a atuação do direito. Diante dessas suas finalidades, que lhe outorgam uma profunda inserção sócio-política, deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins. O princípio que impõem esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo (partes, juízes e auxiliares da justiça; advogados e membros do Ministério Público) denomina-se princípio da lealdade processual.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Ibid., p.227.

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 20.

<sup>26</sup>BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>27</sup> CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVE, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26 ed. São Paulo. Malheiros. 2010, p. 77.



Mister ressaltar, em que reste evidente, o julgamento do Supremo foi por maioria e não por unanimidade, o que evidencia a Complexidade do tema também em nosso Órgão de Cúpula, guardião da Constituição, pois embora esta decisão tenha sido no sentido de atender o pedido do impetrante, alguns votos foram brilhantes, inclusive, o do Ministro relator do caso, Francisco Rezek, no sentido de negar o pedido do suposto pai e garantir o direito das filhas de investigarem suas origens biológicas, o que, infelizmente, não prevaleceu.

Os votos vencidos são os que traduzem a verdadeira essência do que estava se discutindo ali, porque revelam que quando um filho quer investigar sua paternidade, ele não quer um pai apenas para lhe dar nome e sustentá-lo, ele quer saber algo que está para além da relação de filiação, ele quer saber de onde ele veio, e negá-lo esse direito, além de violar o princípio basilar do ordenamento jurídico, revela distanciamento das necessidades essenciais do ser humano, e uma premente necessidade de atenção face ao caminho que se está a trilhar enquanto humanidade.

### 3. CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À IDENTIDADE DO INVESTIGANTE E O DIREITO À INTIMIDADE DO INVESTIGADO

Os direitos fundamentais são delineados como os princípios corporificados em um determinado sistema jurídico.

A colisão de princípios ocorre quando um princípio autoriza algo que o outro proíbe. Nenhum dos dois deve ser declarado inválido, pois os princípios podem coexistir.

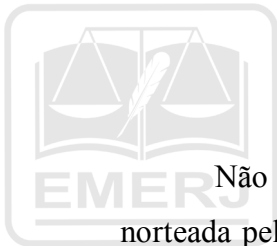
Não se estuda os princípios como se fossem regras já que, havendo conflito de regras, uma será declarada inválida, o conflito se resolve no plano da validade. Os princípios, ao contrário, podem conviver e a colisão se resolve na dimensão do valor. Havendo confronto entre dois princípios, o de menor valor, no caso concreto, deve ceder, através da técnica da ponderação.

Contudo, antes da utilização da técnica da ponderação deve-se tentar a harmonização entre os princípios envolvidos, segundo informa Rodrigo Padilha<sup>28</sup>:

quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação a outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada um, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto fundamental como sua finalidade precípua.

---

<sup>28</sup>PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro:Método, 2018, p 375.



Não obtida a harmonização, adota-se a técnica da ponderação de valores, a ser norteadas pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, verificando-se o valor de cada direito fundamental diante do caso concreto.

Deve-se notar que, ainda que não exista hierarquia formal entre normas constitucionais, é possível identificar, na história constitucional de um país, os princípios ou valores que são mais caros à sociedade, estabelecendo-se com isso, uma hierarquia imaginária. Contudo, deve prevalecer aquele princípio que maior proteção conferir aos direitos fundamentais envolvidos, ou que menor restrição impuser aos direitos fundamentais. Essa conclusão é obtida após o percurso das duas fases que a técnica da ponderação de interesses deve percorrer que são: A verificação do peso genérico dos princípios envolvidos e a atribuição de peso específico de cada um deles no caso concreto.

O método de ponderação de interesses não representa uma técnica puramente procedimental para solução dos conflitos entre direitos fundamentais. Diversamente, a ponderação incorpora uma inquebrantável proporção essencial, na medida em que suas repercussões devem se guiar para a elevação dos valores humanísticos superiores, latente à ordem constitucional. Esses valores estão sintetizados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que infere propósito a todos os demais princípios e regras que compõem o Ordenamento Jurídico Constitucional e infraconstitucional.

O conflito entre o direito à intimidade do suposto pai e o direito à identidade do pretense filho, direitos fundamentais, nas ações de investigação de paternidade, é evidente.

Não se questiona aqui o direito à intimidade, sendo esta, como bem ensina a professora e promotora de justiça, Carla Rodrigues Araújo Castro<sup>29</sup> “inerente ao ser humano, que desde os primórdios de nossa legislação luta pelo direito de ser deixado em paz e de não sofrer intromissão de terceiros indesejados”.

Trata-se de uma garantia constitucional que deve ser observada, sob pena de retrocesso. Entretanto, nenhum direito é absoluto. Nesse sentido, dentro de uma interpretação sistemática da própria constituição federal e na busca dos valores que ela consagra, contrário ao entendimento adotado pelos Tribunais, o artigo 227 da CRFB<sup>30</sup>, estabelece que é dever do Estado, da Sociedade e da Família assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à dignidade, à convivência familiar, dentre outros, além de colocá-

---

<sup>29</sup> CASTRO, Carla Rodrigues Araújo. *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007, p. 58.

<sup>30</sup>BRASIL, op. cit., nota 20.



Não obtida a harmonização, adota-se a técnica da ponderação de valores, a ser norteada pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, verificando-se o valor de cada direito fundamental diante do caso concreto.

Deve-se notar que, ainda que não exista hierarquia formal entre normas constitucionais, é possível identificar, na história constitucional de um país, os princípios ou valores que são mais caros à sociedade, estabelecendo-se com isso, uma hierarquia imaginária. Contudo, deve prevalecer aquele princípio que maior proteção conferir aos direitos fundamentais envolvidos, ou que menor restrição impuser aos direitos fundamentais. Essa conclusão é obtida após o percurso das duas fases que a técnica da ponderação de interesses deve percorrer que são: A verificação do peso genérico dos princípios envolvidos e a atribuição de peso específico de cada um deles no caso concreto.

O método de ponderação de interesses não representa uma técnica puramente procedimental para solução dos conflitos entre direitos fundamentais. Diversamente, a ponderação incorpora uma inquebrantável proporção essencial, na medida em que suas repercussões devem se guiar para a elevação dos valores humanísticos superiores, latente à ordem constitucional. Esses valores estão sintetizados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que infere propósito a todos os demais princípios e regras que compõem o Ordenamento Jurídico Constitucional e infraconstitucional.

O conflito entre o direito à intimidade do suposto pai e o direito à identidade do pretense filho, direitos fundamentais, nas ações de investigação de paternidade, é evidente.

Não se questiona aqui o direito à intimidade, sendo esta, como bem ensina a professora e promotora de justiça, Carla Rodrigues Araújo Castro<sup>29</sup> “inerente ao ser humano, que desde os primórdios de nossa legislação luta pelo direito de ser deixado em paz e de não sofrer intromissão de terceiros indesejados”.

Trata-se de uma garantia constitucional que deve ser observada, sob pena de retrocesso. Entretanto, nenhum direito é absoluto. Nesse sentido, dentro de uma interpretação sistemática da própria constituição federal e na busca dos valores que ela consagra, contrário ao entendimento adotado pelos Tribunais, o artigo 227 da CRFB<sup>30</sup>, estabelece que é dever do Estado, da Sociedade e da Família assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à dignidade, à convivência familiar, dentre outros, além de colocá-

---

<sup>29</sup> CASTRO, Carla Rodrigues Araújo. *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumem Jurídica, 2007, p. 58.

<sup>30</sup>BRASIL, op. cit., nota 20.



los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse entendimento, o Estatuto da criança e do adolescente<sup>31</sup> garante tutela integral à criança e identificar a verdadeira filiação é pressuposto para a observância das garantias constitucionais que lhe são asseguradas. Conforme informa Maria Celina Bodin de Moraes<sup>32</sup>:

embora o direito à identidade pessoal pudesse, por si só, abranger tanto o direito ao nome - como normalmente se considera - quanto o direito à historicidade pessoal, isto é, o direito ao conhecimento da identidade dos genitores, servindo assim a fundamentar o direito à investigação de paternidade ou maternidade, o legislador estatutário, conhecedor das históricas resistências doutrinárias e jurisprudenciais em matéria, entendeu dever dispor, expressamente no artigo 27 do estatuto da criança e do adolescente: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

E também descreveu que<sup>33</sup>:

a *ratio legis* está, evidentemente, na consideração de que a paternidade é um valor social eminente e, em consequência, o direito ao reconhecimento do estado de filiação surge, como um seu corolário, do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, especificado, neste caso, no direito à identidade pessoal.

A considerar esta premissa, conceder ao investigado o direito de negar-se a realizar o exame, sem qualquer fundamento e, assim, negar ao filho o direito de ter certeza quando ao seu estado de filiação, é conceder ao investigado a disposição de um direito indisponível do investigador.

Na mesma linha, a convenção de 1989<sup>34</sup>, patrocinada pela Organização das Nações Unidas, sobre os direitos da criança, em que o Brasil é parte, em seu artigo 8º dispõe que os Estados membros comprometem-se a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade. O vínculo biológico faz parte da identidade sendo uma dimensão desta.

Denota-se que não basta a existência de uma legislação, pois já a temos o suficiente capaz de conferir absoluta proteção ao ser humano quanto ao conhecimento de sua origem biológica, com a consequente observância da dignidade da pessoa humana. Todavia, não basta a legislação, conforme afirma Ingo Sarlet<sup>35</sup>, “cabe ao Estado guiar as ações de preservação e promoção da dignidade da pessoa humana, criando meios que permitam o pleno exercício e

<sup>31</sup>BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2020.

<sup>32</sup> MORAES Apud LEITE, op. cit., p. 219.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> BRASIL. *Convenção sobre os direitos da criança*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 1 jun. 2020.

<sup>35</sup>SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 48.

fruição desse direito”. Esse princípio, em que pese ser facilmente compreendido, é de difícil definição, talvez por ser o mais permeado por sentimentos, como bem sintetizado pela Professora Flávia Bahia<sup>36</sup>:

[...] Como unidade mais fundamental de valor do sistema jurídico, esse princípio universal funciona como paradigma, fundamento, limite e desiderato de um ordenamento jurídico, de um Estado e de uma sociedade aos quais confere legitimidade. Apesar de difícil conceituação, podemos compreender que o conteúdo do princípio diz respeito ao atributo imanente a todo ser humano(...) Significa a elevação do ser humano ao patamar mais alto das considerações (...) Compreende a proteção e a promoção das condições fundamentais para uma vida adequada, o respeito à igualdade entre os indivíduos, a garantia da independência e de sua autonomia, a coibição de qualquer obstáculo que impeça o desenvolvimento do potencial de sua personalidade.

A dignidade da pessoa humana constitui o fundamento de um Estado Democrático de direito. Mais do que um princípio, a dignidade da pessoa é um valor supremo, e suas raízes alcançam a ordem jurídica, social política e econômica. De igual modo, informa a Promotora de justiça Carla Rodrigues Araújo Castro<sup>37</sup>, “a ordem infraconstitucional está sob seu manto, não podendo contrariá-la ou atenuá-la”.

Nesse mesmo sentido, Maria Christina de Almeida<sup>38</sup> observa que “A identidade da pessoa cumpre funções básicas, dentre as quais, pode-se destacar ser o elo de ligação entre ela e a sociedade, permitindo o seu reconhecimento individual e como cidadão”, sendo verdadeiro direito fundamental.

Nesse olhar, Rezek<sup>39</sup> informa que “é alentador observar, na hora atual, que a visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas do direito do investigado, vai cedendo espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética”.

Os Ministros Francisco Rezek, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão descreveram, como bem sintetizado por Maria Celina Bodin de Moraes<sup>40</sup> que “na pesagem dos argumentos contrapostos, havendo dois direitos subjetivos em conflito, quais sejam: o da criança à sua real identidade e o do suposto pai à sua incolumidade física, deveria prevalecer o interesse superior da criança”. E também descreveram que<sup>41</sup>:

a certeza científica do exame de DNA oferece importante elemento para construção da verdade que se compatibiliza com o direito ao conhecimento da origem e à identidade da criança e do adolescente. Assim, a verdade jurídica deixaria de ser

<sup>36</sup>BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 3 ed. Recife: Amador, 2017, p. 117.

<sup>37</sup>CASTRO, Carla Rodrigues Araújo. *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007, p. 53.

<sup>38</sup>ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: Aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 125.

<sup>39</sup>BRASIL, op. cit., nota 20

<sup>40</sup>SARLET, op. cit., p. 218.

<sup>41</sup>BRASIL, op. cit., nota 20.





fundada em presunções para se basear na verdade científica. Entendeu-se, também, que a recusa do investigado implicaria descumprimento do dever processual de colaboração com o Poder Judiciário, previsto no artigo 339 do Código de Processo Civil. Por fim, argumentou-se que o direito privado à intangibilidade do corpo não seria absoluto, pois cederia espaço ao direito à identidade da criança, caracterizado como nítido interesse público.

Haverá de chegar-se à conclusão inexorável de que é um direito fundamental de qualquer pessoa, o conhecimento da paternidade biológica, de ter definida e saber qual é a sua ascendência genética, pois tal privação implica, dentre outros aspectos, a negativa de sua história, a negativa do contexto de vida de seus antepassados, de sua cultura e de seus valores. Quando chegarmos a esse patamar de evolução humana, a recusa imotivada do investigado será considerada um crime contra toda a humanidade, pois violadora da dignidade da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

Em conformidade com a legislação vigente, a filiação oriunda ou não do matrimônio tem os mesmos direitos e deveres, vedada qualquer distinção ou discriminação, o que encontra-se em perfeita harmonia com o estabelecido no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil, que consagra a dignidade da pessoa humana como direito fundamental e princípio basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

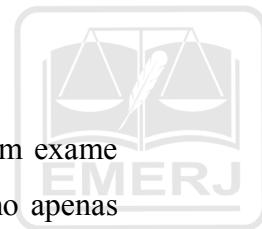
Quando o reconhecimento de filiação não se realiza de forma espontânea, o meio para sua obtenção é a Ação de investigação de paternidade.

Em que pese a evolução científica no que se refere à descoberta do exame de DNA, os Tribunais Superiores entendem, diante da negativa do suposto pai em realizar o referido exame, por inadmitir uma condução coercitiva para sua realização e imputar uma paternidade tão somente presumida.

E em conformidade com esse entendimento foi editada a Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça e Lei nº 12.004/09 que modificou a Lei nº 8.560/92, acrescentando a presunção de paternidade àquele que se recusar à coleta de material genético para a realização do exame de DNA, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Com a edição da Súmula e lei acima informadas os Tribunais tentaram pacificar um tema nada pacífico.

É possível um paralelo entre as ciências biomédicas e jurídicas, e cabe ao Poder Judiciário, enquanto não há uma norma que obrigue a realização do exame de DNA, encontrar



o equilíbrio daquelas para o bem da humanidade, não sendo razoável, diante de um exame apto a comprovar a paternidade com precisão de certeza científica, entregar ao filho apenas uma paternidade presumida. Até porque o desenvolvimento científico existe para que a humanidade utilize-o com responsabilidade, ética e justiça social e não é outro sentido o fim precípua do Direito.

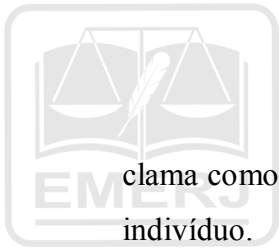
O presente trabalho ocupou-se em demonstrar, em que pese as partes envolvidas no litígio, terem seus direitos assentados em direitos fundamentais expressos na CRFB, nenhum direito é absoluto, impondo-se ao julgador uma análise caso a caso para a verificação de qual direito fundamental apresenta maior efetividade. É salutar que o direito à intangibilidade do corpo físico para retirada de algumas gotas de sangue, ou o fornecimento de alguns fios de cabelo ou gotas de saliva para a realização do exame de DNA não se revelam, por óbvio, mais importantes do que o direito do pretense filho ao acesso à sua história genética que pode, inclusive, prevenir doenças pré-existentes.

Se almejou denotar a necessidade de um repensar o que é dignidade da pessoa humana, pois hoje, com toda a interpretação do texto constitucional e legislação esparsa, não há vida com dignidade na medida em que não é conferido ao cidadão, como um direito fundamental, o direito de saber de onde veio, reflexão que culmina, factivamente, na necessidade de uma presunção absoluta de paternidade, que somente será obtida pelo exame de DNA, para que se verifique o respeito a direitos basilares para a formação da personalidade e capazes de assegurar a dignidade humana e, assim, transformando direitos formais em efetivos.

Hoje, é possível sustentar que as relações de filiação são de interesse evidente e direto do Estado, protegendo valores de certeza, segurança e, conseqüente harmonia social. Contudo, tais valores somente serão alcançados se oportunizado ao investigante a certeza de sua origem genética.

Todos os textos legais, doutrinários, bem como julgados informados neste trabalho somente confirmam que faz parte da dignidade de qualquer pessoa conhecer uma das dimensões da sua identidade, que é a sua identidade genética, e isto tem que ser considerado como um direito fundamental, porque a essência do ser humano está na consideração da sua própria dignidade, tendo em vista que a ideia de humanidade perpassa pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Da perspectiva abordada, é evidente que o assunto não se esgota neste compacto estudo, pois requer uma constante diligência e análise profunda das questões que a sociedade



clama como forma de minimização das injustiças e danos na estrutura basilar da formação do indivíduo.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 3. ed. Recife: Amador, 2017.

BORGES, Dayane. *Acido desoxirribonucleico. O que é? Definição, estrutura e funções*. Disponível em: <<https://conhecimentocientifico.r7.com/acido-desoxirribonucleico/>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 1 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 30 mai 2020.

\_\_\_\_\_. *Convenção sobre os direitos da criança*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 1 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 301*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Jurisprudencia/Sumulas>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo nº 900521*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323622>>. Acesso em: 2 jun 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 71.373-4*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Disponível em: <[http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia\\_pt\\_br&idConteudo=185162&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185162&modo=cms)>. Acesso em: 30 mai. 2020.

CÂMARA, Brunno. *Primeiro caso de identificação criminal através do DNA*. Disponível em: <<https://www.biomedicinapadrao.com.br/2013/01/primeirocasodeidentificacaocriminal.html>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo. *Prova Científica: exame Pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVE, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26 ed. São Paulo. Malheiros. 2010.

HOFFMANN, Edwiges. *Marcadores genéticos da dependência química*. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/dossies-1-72/especial/drogas/drogas06.htm>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

JUSBRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Agravo de instrumento nº 2005.0020033360*. Relator: Ministro Vasquez Cruxên. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4258457/agravo-de-instrumento-ai-20050020033360>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade*. DNA como meio de prova de filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MAYANA, Zatz. *Projeto genoma humano e ética*. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010288392000000300009&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010288392000000300009&script=sci_arttext&tlng=pt)>. Acesso em: 28 mai. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

RASKIN, Salmo. *DNA e investigação de paternidade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/538/dna-e-investigacao-de-paternidade>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTONS, Jones. *Jornal da Universidade Federal do Paraná. Ancestralidade ajuda a justiça e a medicina*. Disponível em: <<http://www.jornalbeiradorio.ufpa.br/novo/index.php/2007/31-edicao-49/368-ancestralidade-ajuda-a-justica-e-a-medicina>>. Acesso em: 29 mai. 2020.

TEIXEIRA, Elza Spanó; SANTOS, Márcia Regina Soares Seixas. *Medicina legal e genética aplicada à defesa penal*. São Paulo: LTr, 1998.



## INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E OS DADOS OBTIDOS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE APARELHOS CELULARES APREENDIDOS, SOB A ÓTICA DO ABUSO DE AUTORIDADE

Ruy Zaidan Azevedo

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogado.

**Resumo** – com o desenvolvimento tecnológico, o conflito entre a violação da privacidade e a garantia da segurança pública ganhou destaque na discussão acerca da possibilidade de quebra de sigilo de aparelho celular apreendido sem prévia autorização judicial. Com isso, a verificação das distintas proteções conferidas às comunicações telefônicas e aos dados telefônicos, sob a ótica da doutrina e jurisprudência, é essencial para a verificação da aplicação da reserva jurisdicional na hipótese, a qual se entende por inadequada diante da importância de uma investigação criminal eficaz. Outrossim, com a recente entrada em vigor da nova Lei de Abuso de Autoridade, surge mais um aspecto a ser observado pela Autoridade Policial, no tocante à violação do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Aparelhos celulares apreendidos. Quebra de sigilo. Autorização judicial. Abuso de Autoridade.

**Sumário** – Introdução. 1. A importância dos dados dos aparelhos celulares apreendidos para uma investigação criminal eficaz: uma análise do conflito entre a violação da privacidade e a garantia da segurança pública. 2. A distinção de proteções conferidas à comunicação telefônica e aos dados e registros telefônicos como pressuposto essencial para a apuração da necessidade de reserva jurisdicional. 3. A nova Lei do abuso de autoridade e a possível caracterização de crime diante da quebra do sigilo dos dados sem autorização judicial: mais um aspecto a ser enfrentado. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute se o ordenamento jurídico pátrio admite a obtenção de dados e registros em aparelhos celulares apreendidos sem autorização judicial específica para tanto, a fim de instruírem investigações criminais efetivas, bem como se tal prática configuraria crime de abuso de autoridade.

A popularização e o desenvolvimento tecnológico dos aparelhos celulares modificaram a forma de interação das pessoas. O telefone celular, que há relativamente pouco tempo somente efetuava ou recebia chamadas, passou a ser um aparelho multifuncional, possibilitando o envio e recebimento de mensagens, fotografar, filmar, ter conexão com Internet

móvel, determinar a sua posição geográfica, enviar e receber e-mails, armazenar os mais diversos dados, entre outras funções.

Assim, em um processo natural, o telefone celular passou a ser muito utilizado como meio para o cometimento dos mais variados crimes, desde a simples ameaça, até o estelionato, a extorsão mediante sequestro e o tráfico de drogas, bem como para a estruturação de organizações criminosas, muitas vezes de dentro de presídios e penitenciárias.

No primeiro capítulo do trabalho, assim, analisa-se o cenário atual da criminalidade, em que os infratores se utilizam dos aparelhos celulares como potencializadores e meios diretos de suas ações. Dessa forma, a polícia judiciária tem enfrentado certa dificuldade na investigação de crimes, principalmente no que se refere à licitude da obtenção de dados sem autorização judicial, sob o argumento de que os mesmos são constitucionalmente acobertados por sigilo, o que traz à tona o conflito entre a violação da privacidade e a garantia da segurança pública.

Segue-se, no segundo capítulo, analisando as proteções jurídicas e garantias legais distintas entre comunicação telefônica e registros e dados telefônicos, necessárias para se apurar a necessidade ou desnecessidade da autorização judicial específica no caso concreto, a partir de exames doutrinários e jurisprudenciais.

Por fim, o terceiro capítulo aborda a potencial caracterização do crime de abuso de autoridade, em destaque com a recente entrada em vigor da Lei nº 13.869/19, frente a determinadas hipóteses de quebra do sigilo de aparelho celular apreendido sem prévia autorização judicial.

Dessa forma, pelo método dedutivo, valendo-se da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), busca-se sustentar a tese de que os aparelhos celulares apreendidos regularmente na posse de investigados não só podem, como devem ser submetidos ao exame pericial por constituírem corpo do delito, sendo prescindível e desproporcional, nesses casos, a exigência de autorização judicial específica.

A pesquisa desenvolvida, assim, é de natureza qualitativa, do tipo descritiva e exploratória, com abordagem teórica, recorte transversal com perspectiva longitudinal e fundamentada em dados secundários.



## 1. A IMPORTÂNCIA DOS DADOS DOS APARELHOS CELULARES APREENDIDOS PARA UMA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL EFICAZ: UMA ANÁLISE DO CONFLITO ENTRE A VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE E A GARANTIA DA SEGURANÇA PÚBLICA

O advento das tecnologias de informação, principalmente no que se refere ao desenvolvimento tecnológico dos aparelhos celulares, trouxe consigo enormes benefícios à humanidade, sobretudo no que se refere ao encurtamento da distância entre as pessoas, introduzindo uma nova era em todos os campos da vida cotidiana. Assim, o avanço tecnológico permite que se saiba a localização exata de uma pessoa através do GPS de seu aparelho celular, bem como que o seu portador tenha uma central multimídia ao alcance dos dedos, bastando apenas ter seu aparelho conectado à Internet e/ou em área de cobertura para interagir.

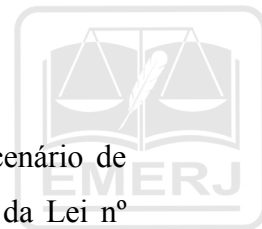
Diante desse cenário de encurtamento de distâncias, as ações criminosas ganharam novas linhas e passaram a se caracterizar por sua alta velocidade de realização, sendo relevante destacar a capacidade de adaptação dos agentes às novas tecnologias, com modificação quase que instantânea de seus *modus operandi* para fazer frente a novos padrões de segurança de empresas ou instituições.

Em reportagem publicada no “Jornal O Dia”, em 19 de janeiro de 2020, o jornalista Anderson Justino<sup>1</sup> apurou que o número de estelionatos no ano de 2019 no Rio de Janeiro cresceu 19,6% em relação ao ano anterior, sendo que grande parte deles se deu através de um golpe consistente na invasão de contas do aplicativo de mensagens “WhatsApp”. Na reportagem, o jornalista pontuou, também, os cinco golpes mais famosos aplicados pelo telefone celular. Por fim, informou a ocorrência de crimes de extorsão virtual envolvendo a ameaça de divulgação de imagens de nudez de mulheres, prática que tem se tornado comum.

Nesse sentido, é indubitável que as novas tecnologias de informação e interação, que influenciam diversas áreas das atividades econômicas, sociais, culturais e políticas, acabam por também ensejar o aparecimento de novos crimes, principalmente envolvendo golpes e privacidade. Além disso, outros crimes recorrentes, como a associação para o tráfico de drogas, por exemplo, se adequam à essa nova realidade, de modo que os aparelhos celulares e, especialmente seus aplicativos de mensagens, servem à estruturação dessas organizações.

---

<sup>1</sup> JUSTINO, Anderson. *Estelionato via WhatsApp cresce 19% no Rio*. Disponível em: < <https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2020/01/5856704-estelionato-via-whatsapp-cresce-19--no-rio.html> >. Acesso em: 10 abr. 2020.



O legislador, dentro de sua competência, não ignorou por completo tal cenário de modificação social, pelo que foi inserido no Código de Processo Penal<sup>2</sup>, a partir da Lei nº 13.344/16<sup>3</sup>, o art. 13-B. Referido dispositivo possibilita que, nos crimes associados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o Delegado de Polícia requisitem, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicação e/ou telemática a disponibilização imediata dos meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

Em complemento, o §4<sup>o</sup> do supracitado dispositivo, o qual merece destaque, dispõe que caso não haja manifestação judicial no prazo de 12 horas acerca da requisição, a autoridade competente poderá requisitar a disponibilização imediata dos meios técnicos diretamente às empresas prestadoras de serviço de telecomunicação e/ou telemática, ou seja, sem a autorização judicial específica, apenas comunicando o juiz de imediato.

Nessa linha, dentro da persecução penal que, em regra, é dever do Estado, tem-se que uma vez praticada a infração penal, cumpre também a ele, em princípio, a apuração e o esclarecimento dos fatos e de todas as suas circunstâncias. Nos termos do art. 6<sup>o</sup> do Código de Processo Penal<sup>5</sup>, assim que tomar conhecimento da prática de um crime, o Delegado de Polícia deverá realizar diversas diligências no sentido de identificar a sua autoria e resguardar o conjunto probatório, apreendendo, por exemplo, qualquer objeto que tenha relação com o fato investigado.

Assim, a apreensão do celular do flagranteado é permitida e não precisa de autorização judicial. Porém, o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça é o de que os dados constantes nesses aparelhos celulares estão protegidos pelo sigilo telefônico, conforme se verifica por dois Informativos de Jurisprudência publicados pelo Tribunal:

Na ocorrência de autuação de crime em flagrante, ainda que seja dispensável ordem judicial para a apreensão de telefone celular, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que compreende igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, por meio de sistemas de informática e telemática.

<sup>2</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 02 set. 2019.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 13.344*, de 06 de outubro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113344.htm)>. Acesso em: 02 set. 2019.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.





STJ. 5ª Turma. RHC 67.379-RN, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 20/10/2016 (Info 593).<sup>6</sup>

Sem prévia autorização judicial, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no whatsapp presentes no celular do suposto autor de fato delituoso, ainda que o aparelho tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante.

STJ. 6ª Turma. RHC 51.531-RO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 19/4/2016 (Info 583).<sup>7</sup>

Entretanto, conforme será melhor examinado no próximo capítulo, o acesso pela Autoridade Policial aos dados constantes em aparelho celular apreendido no flagrante não encontra o mesmo impedimento da interceptação telefônica, pelo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com a devida vênia, não guarda o devido rigor técnico, configurando um obstáculo à uma investigação criminal célere e eficiente. O acesso aos dados e registros se caracteriza apenas como uma das providências previstas no art. 6º do Código de Processo Penal<sup>8</sup>, a qual não se sujeita à reserva de jurisdição.

A liberdade é o bem, depois da vida, mais importante do indivíduo. Entretanto, mesmo com esse grau de importância, qualquer pessoa pode ser presa em flagrante delito, ou seja, mesmo sem haver processo e juízo de culpabilidade. Dessa forma, com relação à privacidade, se faz necessária a ponderação de valores constitucionais, estando de um lado o direito fundamental à privacidade e de outro o direito à segurança pública.

Na presença deste conflito entre direito à intimidade e direito à segurança, o caso concreto impõe um processo de ponderação, que leve em conta os interesses em jogo e a realidade social. A restrição de um dos direitos em detrimento do outro deve obedecer ao princípio da proporcionalidade.

Assim, tem-se que a investigação criminal produz provas buscando a verdade real. É legítima na medida em que o faz respeitando o limite intransponível dos direitos e garantias individuais. Estes, por sua vez, constituem condição de possibilidade de um Estado Democrático de Direito, pelo que não se deve buscar a verdade a qualquer custo, ou seja, afrontando garantias fundamentais.

Contudo, há que se destacar que, com o avanço da tecnologia, surgiu a possibilidade de se acessar remotamente os dispositivos móveis, através das contas exigidas pelos sistemas operacionais para a utilização dos telefones, e, dessa forma, apagar todos os dados e registros

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência n° 593*. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/PDF/Inf0593.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0593.pdf)>. Acesso em: 19 mai. 2020.

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência n° 583*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270583%27>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

<sup>8</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.



contidos nos aparelhos. Nos sites da Apple<sup>9</sup>, da Microsoft<sup>10</sup> e do Google<sup>11</sup>, principais empresas do meio, há tutorial de como apagar remotamente o dispositivo, restaurando o dispositivo para as condições de fábrica.

Assim, no prazo para se obter a decisão judicial autorizativa, nos moldes exigidos pelo Superior Tribunal de Justiça, há plena viabilidade técnica de os dados contidos nos aparelhos celulares serem remotamente apagados. A possibilidade de restaurar o dispositivo se revela de extrema valia para quem teve seu bem subtraído, por exemplo, mas não se pode ignorar que tal alternativa também serve para fins ilícitos, com a destruição das provas de um crime.

A expectativa de privacidade, portanto, não pode servir para amparar crimes que estão em plena consumação, tal como o tráfico de drogas, e muito menos para salvaguardar associações e organizações criminosas, legitimando a impunidade. No cenário atual da criminalidade, respostas que poderiam ser dadas rapidamente em uma investigação de determinado crime ficam prejudicadas aguardando por uma ordem judicial não necessária, diante de uma interpretação do Superior Tribunal de Justiça em desconformidade com a legislação.

## 2. A DISTINÇÃO DE PROTEÇÕES CONFERIDAS À COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA E AOS DADOS E REGISTROS TELEFÔNICOS COMO PRESSUPOSTO ESSENCIAL PARA A APURAÇÃO DA NECESSIDADE DE RESERVA JURISDICIONAL

Nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal<sup>12</sup>, é assegurada, como direito fundamental, a proteção das comunicações telefônicas, cujo sigilo somente pode ser quebrado para fins de investigação criminal ou instrução processual penal mediante ordem judicial, diante de hipóteses previstas e reguladas em lei – atualmente vigorando no país sobre o tema a Lei nº 9.296/96<sup>13</sup>.

Não se discute, dessa forma, que as comunicações telefônicas recebem especial proteção constitucional, sendo ilícito qualquer acesso a elas sem prévia decisão judicial.

<sup>9</sup> APPLE. *Find my iPhone: Apagar seu dispositivo*. Disponível em: <[https://support.apple.com/kb/PH19300?locale=pt\\_BR#:~:text=Se%20ele%20estiver%20off%2Dline,senha%20de%20seu%20ID%20Apple](https://support.apple.com/kb/PH19300?locale=pt_BR#:~:text=Se%20ele%20estiver%20off%2Dline,senha%20de%20seu%20ID%20Apple)>. Acesso em: 10 abr. 2020.

<sup>10</sup> MICROSOFT. *Realizar uma limpeza remota em um telefone móvel*. Disponível em: <<https://docs.microsoft.com/pt-br/exchange/clients/exchange-activesync/remote-wipe?view=exchserver-2019>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

<sup>11</sup> GOOGLE. *Localize, bloqueie ou apague um dispositivo Android perdido*. Disponível em: <<https://support.google.com/nexus/answer/6160491?hl=pt>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

<sup>12</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 02 set. 2019.

<sup>13</sup> BRASIL. *Lei nº 9.296*, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm)>. Acesso em: 02 set. 2019.



Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça utilizou-se da supracitada disposição constitucional para consolidar o entendimento de que os dados telefônicos estão protegidos pelo mesmo sigilo, o que não se revela tecnicamente adequado.

Os dados telefônicos constituem registros e informações contidas na memória de aparelho de telefone celular, ao passo que a proteção dada pelo art. 5º, XII, da Constituição Federal<sup>14</sup> é quanto a proibição da intervenção de um terceiro num ato de comunicação para se obter esta prova, que de outro modo perder-se-ia, através da interceptação telefônica.

A proteção conferida é da inviolabilidade do fluxo de dados em trânsito, tecnicamente denominada comunicação. Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>15</sup> distingue dois tipos de comunicação: há, de um lado, formas de comunicação marcadas por “instantaneidade”, como a comunicação telefônica, que “só é enquanto ocorre”; e há, de outro, aquelas que deixam vestígios físicos, sendo, portanto, suscetíveis de investigação sem necessitar de interceptação.

Assim, a obtenção de registros telefônicos, fotos, vídeos e, principalmente de conversas mantidas por aplicativos de mensagens, não constitui captação em tempo real, instantânea, muito por conta inclusive da proteção da criptografia utilizada pela tecnologia dos aplicativos de mensagens. Nesse sentido, ensina Eduardo Cabette<sup>16</sup> que na interceptação telefônica está ínsita a presença de um terceiro que não seja um dos interlocutores e que, ademais, não lhe seja de conhecimento, sem a qual descaracteriza-se a figura da interceptação, havendo terminologias mais apropriadas.

Portanto, o que a norma fundamental do art. 5º, XII, da Constituição Federal<sup>17</sup> pretende evitar é tão somente a interferência de terceiros no processo comunicativo estabelecido entre os interlocutores. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>18</sup>:

[...] a distinção é decisiva: o objeto protegido no direito a inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar caso envolvendo a análise dos últimos registros telefônicos em aparelhos celulares apreendidos após a prisão em flagrante de

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>15</sup> FERRAZ JÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade De São Paulo, v. 88, 1 jan. 1993, p. 447. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

<sup>16</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação Telefônica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.31.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>18</sup> FERRAZ JÚNIOR, op. cit., nota 15.



determinado acusado, deixou clara a diferença de proteção conferida aos registros telefônicos e à comunicação telefônica, como se vê:

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. [...] 2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de correu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do correu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. [...] (HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012)<sup>19</sup>

Ademais, a Suprema Corte possui precedente no qual assentou que a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição Federal<sup>20</sup> assegura a inviolabilidade da comunicação de dados, mas não dos dados em si mesmos, ainda quando armazenados em computador, devendo o mesmo entendimento ser adotado quando se tratar de dados armazenados em aparelhos celulares. Nesse sentido:

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 91867*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891867%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y5za3tw4>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.



[...] IV - Proteção constitucional ao sigilo das comunicações de dados - art. 5º, XVII, da CF: ausência de violação, no caso. 1. Impertinência à hipótese da invocação da AP 307 (Pleno, 13.12.94, Galvão, DJU 13.10.95), em que a tese da inviolabilidade absoluta de dados de computador não pode ser tomada como consagrada pelo Colegiado, dada a interferência, naquele caso, de outra razão suficiente para a exclusão da prova questionada - o ter sido o microcomputador apreendido sem ordem judicial e a conseqüente ofensa da garantia da inviolabilidade do domicílio da empresa - este segundo fundamento bastante, sim, aceito por votação unânime, à luz do art. 5º, XI, da Lei Fundamental. 2. Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial. 3. Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve "quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial". 4. A proteção a que se refere o art.5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador. (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270). [...]

(RE 418416, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2006, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-06 PP-01233)<sup>21</sup>

O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter à esfera única de decisão dos magistrados a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante da própria Constituição Federal<sup>22</sup>, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja atribuído o exercício de poderes de investigação.

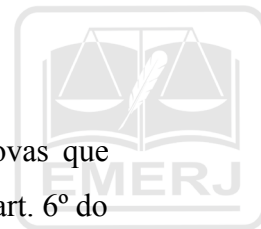
O texto constitucional definiu, assim, quais direitos estarão sob a exigência de uma reserva absoluta e quais sob uma reserva relativa. Tal distinção é de suma importância para se traçar os limites ou em que situações qual órgão será detentor da primeira palavra, sendo certo que ao Judiciário caberá sempre a última palavra, não importando de quem for a primeira.

Dessa forma, exigir-se prévia autorização judicial para a obtenção de dados encontrados em aparelhos celulares apreendidos é seguir conforme uma tendência contemporânea de parte da doutrina e jurisprudência no sentido da absolutização da reserva jurisdicional, o que não se adequa ao contexto atual da criminalidade e da importância da obtenção de dados e registros para uma investigação policial efetiva.

O alargamento de uma pretensa “proteção”, em âmbitos em que a própria Lei Maior sequer o fez, não se sustenta, diante da relatividade dos direitos fundamentais, que não se revestem de caráter absoluto e estão sujeitos à ponderação no caso concreto. Ademais, conforme exaustivamente examinado, a cláusula de inviolabilidade das comunicações abrange tão somente o ato comunicativo instantâneo, não os dados em si mesmos.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 418416*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28418416%29&pagina=4&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxvookw2>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.



Destarte, a partir do dever da Autoridade Policial em colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias, conforme a previsão do art. 6º do Código de Processo Penal<sup>23</sup>, complementada pelo art. 2º, §2º da Lei nº 12.830/2013<sup>24</sup>, a verificação de registros e dados gravados em aparelho celular apreendido não configura qualquer prejuízo ao direito fundamental do sigilo das comunicações telefônicas, mas simples acesso a dados contidos em objeto apreendido na cena do crime.

Nesse caso, cumpre observar que deverá a Autoridade Policial responsável desabilitar a conexão do celular à Internet e à operadora de telefonia, limitando-se assim a consultar a troca de mensagens pretéritas e demais dados armazenados no aparelho, o que evitará a interceptação de qualquer comunicação em tempo real, com a consequente nulidade das provas obtidas em virtude da cláusula de reserva de jurisdição imposta pela ordem constitucional.

Destaca-se, por fim, que a situação acima examinada está sendo discutida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1.042.075<sup>25</sup>, da relatoria do ministro Dias Toffoli, com repercussão geral já reconhecida, quando então será pacificada a questão no país e se verificará se a tendência da absolutização da reserva jurisdicional ganhará ou não fôlego.

### 3. A NOVA LEI DO ABUSO DE AUTORIDADE E A POSSÍVEL CARACTERIZAÇÃO DE CRIME DIANTE DA QUEBRA DO SIGILO DOS DADOS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: MAIS UM ASPECTO A SER ENFRENTADO

No dia 03 de janeiro de 2020 entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro a nova Lei do Abuso de Autoridade – Lei nº 13.869/2019<sup>26</sup>, em substituição à Lei nº 4.898/65<sup>27</sup>, editada na época da ditadura militar e que, até a nova Lei vigorar, regulou a figura do abuso de autoridade no país.

Nessa linha, é extremamente relevante destacar, de prontidão, que os tipos penais da Lei nº 4.898/65<sup>28</sup> eram muito mais abertos em relação aos da nova Lei, marcada pela

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>24</sup> BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm)>. Acesso em: 02 set. 2019.

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 1042075. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5173898>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

<sup>26</sup> BRASIL. Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2020.

<sup>27</sup> BRASIL. Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm)>. Acesso em: 02 set. 2019.

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 26.



taxatividade das condutas descritas. Ademais, cumpre o destaque de que todos os tipos penais configuradores de crime de abuso de autoridade na Lei nº 13.869/19<sup>29</sup> exigem, além do dolo, a especial finalidade do agente público de “prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”, nos termos do seu art. 1º, §1º.

Assim, no que se refere ao acesso pela Autoridade Policial a dados e registros de aparelhos celulares apreendidos sem autorização judicial, enquanto não há pacificidade jurisprudencial sobre a licitude de tal conduta, pode-se ver configurado, em algumas hipóteses, o tipo penal descrito no art. 13, III, da Lei nº 13.869/19<sup>30</sup>.

Nos termos do supracitado dispositivo, configura abuso de autoridade constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro. Dessa forma, uma hipótese de caracterização do crime de abuso de autoridade descrito no art. 13, III, da nova Lei, seria o caso de desbloqueio do aparelho celular apreendido somente com o constrangimento ilegal realizado por um agente público.

Em um cenário tecnológico em que os aparelhos celulares possibilitam ao usuário a introdução de senha para proteger o acesso às suas informações, ou até mesmo recursos mais modernos como o reconhecimento biométrico, seja facial ou das impressões digitais, são raros os casos em que aparelhos celulares apreendidos não possuem restrição de acesso via tais mecanismos de segurança e proteção. Destarte, o imediato acesso dos dados pelo agente público, na grande maioria dos casos, somente seria possível com a participação do investigado, através do fornecimento da senha ou consentindo com o reconhecimento biométrico.

O direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal<sup>31</sup>, e reproduzido no art. 186 do Código de Processo Penal<sup>32</sup>, é tradução de uma das manifestações da não autoincriminação e do princípio do *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se descobrir). Em relação a este princípio, destaca-se a lição de Maria Elizabeth Queijo<sup>33</sup>:

Nessa ótica, o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 25.

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit., nota 25.

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>32</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>33</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 54-55.

Com efeito, o princípio do *nemo tenetur se detegere* possui imensurável validade no âmbito processo penal brasileiro, constituindo garantia constitucional indispensável para o respeito ao devido processo legal, à presunção de inocência e à ampla defesa. Dessa forma, evidentemente o art. 13, III, da Lei nº 13.869/19<sup>34</sup> foi editado em privilégio a este princípio e visando a proteção da garantia da não autoincriminação.

Ressalta-se, contudo, que a garantia da não autoincriminação não constitui qualquer direito subjetivo a não produzir prova contra si mesmo. O que existe, em regra, é a proibição de a pessoa ser compelida, contra a sua vontade, a realizar exames previstos em lei, tal como soprar o bafômetro e escrever de próprio punho para comparações grafotécnicas, mas há que se fazer a devida diferenciação entre espécies de colaboração do investigado. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima<sup>35</sup> ensina que:

[...] o acusado tem o direito de não colaborar na produção da prova sempre que se lhe exigir um *comportamento ativo*, um *facere*. Portanto, em relação às provas que demandam apenas que o acusado *tolere* a sua realização, ou seja, aquelas que exijam uma cooperação meramente passiva, não se há falar em violação ao *nemo tenetur se detegere*. O direito de não produzir prova contra si mesmo não persiste, portanto, quando o acusado for mero objeto de verificação.

A partir desta diferenciação, apresenta-se a seguinte situação hipotética: o aparelho celular apreendido pode ser desbloqueado mediante reconhecimento facial e, para fazê-lo, o agente público aponta seu sensor, sem utilizar de violência, grave ameaça ou meio de redução da capacidade de resistência, para o rosto do investigado, acessando seus dados. Seria esta uma hipótese de cooperação passiva em que não se viola o princípio do *nemo tenetur se detegere* e em que não se configura crime de abuso de autoridade? Não parece razoável tal flexibilização, sendo certo que não houve, nessa hipótese, manifestação expressa de colaboração ou consentimento, ultrapassando o limite da tolerância que deve dar o investigado.

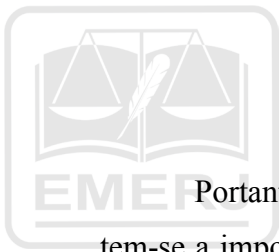
Assim, certo é que caso o aparelho celular apreendido para ser acessado, sem autorização judicial, requeira a introdução de senha ou o reconhecimento biométrico, somente com a colaboração ativa, voluntária e expressa do investigado será possível. O constrangimento, mediante violência, grave ameaça ou meio de redução da capacidade de resistência, por parte dos agentes públicos responsáveis, com o objetivo de acessar os dados constantes no aparelho celular, caracterizará crime de abuso de autoridade, nos termos do art. 13, III, da Lei nº 13.869/19<sup>36</sup>, desde que devidamente provado o elemento subjetivo exigido no §1º do art. 1º.

<sup>34</sup> BRASIL, op. cit., nota 25.

<sup>35</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 98.

<sup>36</sup> BRASIL, op. cit., nota 25.





Portanto, com a entrada em vigor da nova legislação que trata do abuso de autoridade, tem-se a importância da autorização pelo investigado para que sejam acessados os dados em seu aparelho celular apreendido e protegido por senha, sob pena de se ver potencialmente caracterizado crime punível com detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência. Destaca-se, ainda, que tal autorização, quando obtida, deve ser presumida lícita e alcançada de forma livre, visto que não o fazer é inverter a presunção da legitimidade e veracidade dos atos policiais, imantados com tais efeitos de licitude.

Por fim, cumpre o destaque de que, caso o investigado forneça a senha para desbloqueio do celular ou consinta com seu reconhecimento biométrico para acesso, configurando autorização expressa e inequívoca que se recomenda reduzir a termo, não prosperará, no âmbito de uma eventual ação penal, o pleito de nulidade destas provas obtidas, haja vista a abdicação da sua intimidade quando da autorização.

## CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento tecnológico e todas as transformações sociais dele decorrentes, os aparelhos celulares promoveram uma importante alteração na dinâmica da criminalidade. Essa nova realidade implicou não só no surgimento de novas modalidades de crimes, mas também em um novo cenário de estruturação de organizações criminosas, utilizando-se do encurtamento de distâncias possibilitado pela tecnologia.

Com efeito, acrescentou-se neste cenário a possibilidade de acesso remoto e formatação do aparelho à distância, o que tornou a quebra do sigilo de dados de um aparelho celular apreendido sem prévia autorização judicial um dos temas mais polêmicos na doutrina e jurisprudência envolvendo o conflito entre a violação da privacidade e a garantia da segurança pública. Nessa linha, o sigilo das comunicações telefônicas, que recebem a especial proteção do art. 5º, XII, da Constituição Federal, sendo cobertos pela reserva jurisdicional, foi utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para conferir a mesma proteção aos dados telefônicos.

Todavia, os dados telefônicos constituem registros e informações contidos na memória de aparelho de telefone celular, pelo que a quebra do sigilo não constitui intervenção de um terceiro num ato de comunicação para se obter esta prova, nos moldes do que ocorre na interceptação. A comunicação telefônica, caso não interceptada, perder-se-ia, por ser instantânea e não ser gravada, ao passo que os dados telefônicos já estão documentados e gravados na memória do dispositivo, destacando-se que ainda, no caso dos aplicativos de



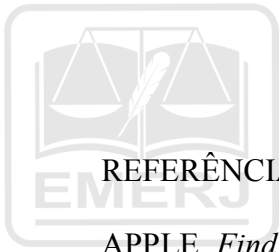
mensagens, as conversas são protegidas por criptografia, o que não ocorre nas comunicações telefônicas.

A Constituição Federal, portanto, assegura a inviolabilidade da comunicação de dados enquanto fluxo comunicativo, mas não dos dados em si mesmos, pelo que a equiparação feita pelo Superior Tribunal de Justiça entre comunicação telefônica e dados telefônicos, a fim de justificar a ilicitude da prova em tela obtida sem prévia autorização judicial, não se revela, com a devida vênia, tecnicamente adequada. Com a palavra final, diante da repercussão geral reconhecida ao tema, caberá ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE nº 1.042.075, pacificar a questão.

Dessa forma, o posicionamento adotado neste trabalho foi o de, através de um juízo de ponderação, pautado no princípio da proporcionalidade, não se tolerar que organizações criminosas utilizem do manto protetor dos direitos fundamentais e da tendência contemporânea de absolutização da reserva jurisdicional, para justificar a prática de crimes. Destarte, exigir-se autorização judicial prévia para se quebrar o sigilo e ter acesso aos dados telefônicos é medida extremamente burocratizada, em descompasso com a legislação e, sobretudo, desproporcional diante da realidade da criminalidade no país.

Contudo, destaca-se que, caso o aparelho celular apreendido para ser acessado, sem a autorização judicial específica, requeira a introdução de senha ou reconhecimento biométrico, somente na hipótese de o investigado colaborar ativa, voluntária e expressamente, o desbloqueio e o consequente acesso aos dados ocorrerá sem o potencial cometimento, por parte do agente público responsável, do crime de abuso de autoridade previsto no art. 13, III, da Lei nº 13.869/19.

Assim, não bastasse a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da equiparação entre os institutos, da ponderação a ser feita diante do conflito apontado, bem como as diversas nuances tecnológicas que enriquecem o tema, com a entrada em vigor da nova Lei do Abuso de Autoridade - Lei nº 13.869/2019, deverá a Autoridade Policial se atentar para mais um aspecto problematizador que poderá potencialmente se ver configurado.



## REFERÊNCIAS

APPLE. *Find my iPhone: Apagar seu dispositivo*. Disponível em: <[https://support.apple.com/kb/PH19300?locale=pt\\_BR#:~:text=Se%20ele%20estiver%20off%2Dline,senha%20de%20seu%20ID%20Apple](https://support.apple.com/kb/PH19300?locale=pt_BR#:~:text=Se%20ele%20estiver%20off%2Dline,senha%20de%20seu%20ID%20Apple)>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 02 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 02 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 4.898*, de 09 de dezembro de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14898.htm)>. Acesso em: 02 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 9.296*, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm)>. Acesso em: 02 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 12.830*, de 20 de junho de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm)>. Acesso em: 02 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 13.344*, de 06 de outubro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113344.htm)>. Acesso em: 02 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 13.869*, de 05 de setembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência n° 583*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270583%27>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência n° 593*. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/PDF/Inf0593.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0593.pdf)>. Acesso em: 19 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 418416*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28418416%29&pagina=4&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxvookw2>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 91867*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891867%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y5za3tw4>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ARE n° 1042075*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5173898>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação Telefônica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade De São Paulo, v. 88, 1 jan. 1993, p. 439-456. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

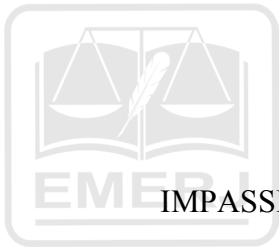
GOOGLE. *Localize, bloqueie ou apague um dispositivo Android perdido*. Disponível em: <<https://support.google.com/nexus/answer/6160491?hl=pt>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

JUSTINO, Anderson. *Estelionato via WhatsApp cresce 19% no Rio*. Disponível em: <<https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2020/01/5856704-estelionato-via-whatsapp-cresce-19--no-rio.html>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MICROSOFT. *Realizar uma limpeza remota em um telefone móvel*. Disponível em: <<https://docs.microsoft.com/pt-br/exchange/clients/exchange-activesync/remote-wipe?view=exchserver-2019>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.



## IMPASSES DA RESPONSABILIDADE PENAL DOS PSICOPATAS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sabrina Saturnino Braga Garcia

Graduada pelo Centro Universitário  
Plínio Leite. Advogada.

**Resumo** – o presente trabalho irá analisar os relevantes aspectos históricos e clínicos da psicopatia para uma melhor compreensão sobre o principal objetivo deste trabalho, que é demonstrar a iminente necessidade de lei que trate de maneira individualizada acerca da responsabilização jurídico-penal dos psicopatas. Neste contexto, serão abordadas algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais importantes a respeito do tema, destacando-se o emblemático caso do criminoso Chico Picadinho, indivíduo considerado portador de psicopatia, de alta periculosidade. Será também abordado o tratamento jurídico-penal dos portadores da psicopatia em outros países a fim de que se possa verificar que a legislação brasileira ainda está muito aquém em comparação a legislação penal no exterior.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Culpabilidade. Psicopatia.

**Sumário** – Introdução. 1. A culpabilidade e seus elementos normativos: sob enfoque da imputabilidade. 2. Breve histórico e conceito de psicopatia segundo os principais estudiosos do tema. 3. A imprecisão legislativa na responsabilização penal dos psicopatas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica trata dos impasses na responsabilização penal dos criminosos psicopatas à luz do ordenamento jurídico-brasileiro, tema de grande relevância para a sociedade, diante do considerável número de crimes cometidos por agentes portadores deste transtorno.

Os criminosos psicopatas são pessoas muito perigosas, geralmente possuem as características de serem frias, manipuladoras, desprovidas de sentimentos e não são consideradas portadoras de um transtorno mental, pois possuem plena consciência da ilicitude de seus atos.

No primeiro capítulo deste artigo será abordado o conceito de culpabilidade, com enfoque no elemento normativo da imputabilidade para que se compreenda melhor a possibilidade de se atribuir o fato típico e ilícito ao agente portador da psicopatia.

Já no segundo capítulo, será abordado o aspecto histórico da definição da psicopatia, analisando desde o surgimento das primeiras pesquisas ao entendimento atual de renomados psiquiatras acerca do tema para que haja adequado entendimento sobre os aspectos clínicos do transtorno.

Importante destacar que neste segundo capítulo, também será abordado o conceito de psicopatia para a Organização Mundial de Saúde (OMS), sendo considerado um transtorno de personalidade, ao passo que o conceito será adotado neste trabalho para discussão dos aspectos jurídicos.

Por fim, após a compreensão do tratamento da imputabilidade no direito penal brasileiro e os principais aspectos históricos e conceituais sobre a psicopatia, será adentrado, então, no terceiro capítulo, o tema foco deste trabalho, analisando o tratamento jurídico-penal destinado aos criminosos psicopatas.

Para tanto, abordam-se as principais posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, destacando-se o emblemático caso do criminoso Chico Picadinho, considerado portador de psicopatia, de alta periculosidade, que matou e esquartejou duas mulheres com requintes de crueldade.

O tema não é controvertido na jurisprudência brasileira, que trata os criminosos psicopatas como agentes semi-imputáveis, fazendo jus a redução de pena ou aplicação de medida de segurança, em caso de condenação criminal.

Neste capítulo também será demonstrado como se dá o tratamento jurídico penal aos portadores de psicopatia em outros países, de modo a conseguir discutir a eficácia, ou melhor, a ineficácia, do tratamento jurídico penal brasileiro em comparação a outros países.

Insta dizer que a psicopatia é um transtorno incurável, razão pela qual o objetivo deste trabalho é demonstrar que os criminosos portadores deste transtorno merecem de forma iminente que o Poder Judiciário, junto ao Poder Legislativo, busquem um tratamento especial para lidar com estes indivíduos, a fim de se evitar o cometimento de crimes, especialmente a reincidência criminal.

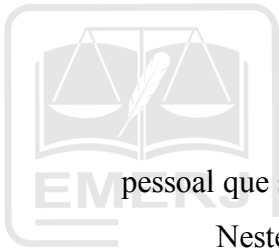
A presente pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o objetivo de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente, utilizando-se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

## 1. A CULPABILIDADE E SEUS ELEMENTOS NORMATIVOS: SOB ENFOQUE DA IMPUTABILIDADE

Segundo o doutrinador Rogério Greco<sup>1</sup>, a culpabilidade é o juízo de reprovação

---

<sup>1</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 481.



pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.

Neste sentido, nas palavras de Alexs Coelho, Thaís Pereira e Fabiano Marques<sup>2</sup>, o doutrinador Guilherme Nucci preleciona que “trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras do Direito”.

Desta forma, a culpabilidade é composta pelos seguintes elementos normativos: capacidade de culpabilidade (imputabilidade), consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Neste capítulo será explicado o elemento normativo da imputabilidade a fim de que se compreenda o tratamento jurídico-penal atribuído aos criminosos psicopatas, tema deste trabalho.

A imputabilidade, segundo o doutrinador Rogério Greco<sup>3</sup>, é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente. A imputabilidade é a regra; a inimputabilidade, a exceção. Neste sentir, como explicam Alexs Coelho, Thaís Pereira e Fabiano Marques<sup>4</sup>, o doutrinador Guilherme Nucci vai além:

É o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento. O binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste na sanidade mental e maturidade.

Assim, em regra, para que o agente seja considerado imputável deve ser portador de capacidade suficiente para entender, ao tempo da ação ou omissão, ou ao menos determinar-se de acordo com o entendimento, do que é aceitável pela sociedade.<sup>5</sup>

Importante ressaltar que, em havendo falta completa de capacidade ou nas hipóteses em que a capacidade seja reduzida ou limitada, o agente será considerado inimputável ou semi-imputável.<sup>6</sup>

O artigo 26 do Código Penal trata de hipóteses que conduzem a inimputabilidade do agente, adotando o critério biopsicológico para aferição da imputabilidade, dispondo que é

---

<sup>2</sup> COELHO, Alexs Gonçalves; PEREIRA, Thaís Andréia; MARQUES, Fabiano Gonçalves. A responsabilidade penal do psicopata à luz do ordenamento jurídico penal brasileiro. Imputabilidade x semi-imputabilidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 5151, ago. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59573/a-responsabilidade-penal-do-psicopata-a-luz-do-ordenamento-juridico-penal-brasileiro>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

<sup>3</sup> GRECO, op. cit., p. 496.

<sup>4</sup> COELHO; PEREIRA; MARQUES, op. cit., nota 2.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ibid.

“isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Desta forma, há certas condições psíquicas nas quais o agente sabe o valor de seu comportamento, mas não possui a capacidade de autodeterminação ou de autogoverno para refrear seu agir, sendo então, considerado para o direito penal como absolutamente incapaz, decorrente de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Acerca disso, o doutrinador Damásio, explica Alex Moises de Oliveira<sup>7</sup>, considera que não havendo a imputabilidade, primeiro elemento da culpabilidade, não haverá pena, e o agente que praticou fato típico e antijurídico deverá ser absolvido, aplicando-se medida de segurança.

Já no que concerne ao conceito de semi-imputabilidade, o art. 26, § 1 do Código Penal assim dispõe:

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Assim, a semi-imputabilidade, difere da inimputabilidade na medida em que o agente perde parcialmente a compreensão da conduta ilícita e da capacidade de autodeterminação ou de autogoverno para refrear seu agir, tendo como consequência, a possibilidade de redução de pena de um a dois terços.

Ante as considerações feitas neste capítulo a respeito do conceito de imputabilidade penal, serão analisados no próximo capítulo os aspectos históricos e conceituais da psicopatia, a fim de que haja uma melhor compreensão na leitura do terceiro capítulo, que tratará do foco deste trabalho, abordando o tratamento jurídico-penal aos criminosos psicopatas.

## 2. BREVE HISTÓRICO E CONCEITO DE PSICOPATIA SEGUNDO OS PRINCIPAIS ESTUDIOSOS DO TEMA

Inicialmente, importante destacar que, de acordo com o Dicionário online de português, psicopata é a pessoa que sofre de um distúrbio mental, definido por

---

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Alex Moises de. O psicopata no direito penal brasileiro. *Âmbito Jurídico*. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-psicopata-e-o-direito-penal-brasileiro/>. Acesso em: 02 jun. 2020.





comportamentos antissociais, pela falta de moral, arrependimento ou remorso, sendo incapaz de criar laços afetivos ou de sentir amor ao próximo. Através de sua etimologia extrai-se o significado de doença mental (*psyche* = mente; e *phatos* = doença)<sup>8</sup>. Na medicina legal, por sua vez, explica-se que o conceito de psicopata surgiu em razão de médicos perceberem que muitos criminosos agressivos e cruéis não apresentavam sinais clássicos de insanidade<sup>9</sup>.

O principal precursor da psicopatia, explica Walmor Piccinini<sup>10</sup>, foi o médico Phellipe Pinel que é autor da obra “Tratado Médico-Filosófico sobre a Alienação Mental ou a Mania”, a “mania sem delírio”, que introduziu descrições científicas de padrões comportamentais, com características de mania, mas que careciam do delírio, possuindo ausência de alterações mentais para serem considerados loucos.

Ao longo dos séculos XIX e XX, outros médicos pesquisadores surgiram se propondo ao mesmo estudo, contudo, seus estudos eram muito abrangentes e pouco precisos, faltando especificidade para melhor compreensão do tema<sup>11</sup>. Neste sentir, surge o primeiro e mais importante estudo sobre psicopatas, com o uso da palavra, que só foi publicado em 1941, escrito pelo psiquiatra americano “Hervey Cleckley”, intitulado *The mask of sanity (A máscara da sanidade)*<sup>12</sup>.

Nesta obra, Cleckley observou seus próprios pacientes e descreveu o psicopata como sendo um indivíduo carismático, sincero e agradável durante a maior parte do tempo, com raciocínio perfeito e muitas habilidades. Observou ainda, que diante de situações nas quais indivíduos deveriam sentir nervosismo, tensão ou estresse, os psicopatas permanecem calmos e sem sintomatologia ansiosa<sup>13</sup>.

Com base nos estudos de Cleckley, o psicólogo canadense Robert Hare resumiu características comuns de pessoas com este tipo de perfil e, em 1991, montou um sofisticado questionário denominado escala Hare, que atualmente é considerado o método mais confiável

---

<sup>8</sup> SANTOS, Luciana Souza; CARVALHO, Luis Fernando Mendes de. O tratamento à psicopatia no Direito Penal brasileiro. *Conteúdo jurídico*, Brasília, mai. 2020. Disponível em: [www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54432/o-tratamento-psicopatia-no-direito-penal-brasileiro](http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54432/o-tratamento-psicopatia-no-direito-penal-brasileiro). Acesso em: 22 mai. 2020.

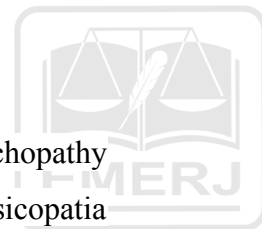
<sup>9</sup> HAUCK FILHO, Nelson; TEIXEIRA, Marco Antônio Pereira; DIAS, Ana Cristina Garcia. Psicopatia: o construto e sua avaliação. *Avaliação psicológica*, Porto Alegre, v. 8, n. 3, dez. 2009. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1677-04712009000300006](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712009000300006). Acesso em: 22 mai. 2020.

<sup>10</sup> PICCININI, Walmor J. História da psiquiatria: anotações sobre a loucura e a psiquiatria. *Psychiatry online Brasil*, v. 20, n. 9, set. 2015. Disponível em: <https://www.polbr.med.br/ano15/wal0915.php>. Acesso em: 22 mai. 2020.

<sup>11</sup> HAUCK FILHO; TEIXEIRA; DIAS, op. cit., nota 9.

<sup>12</sup> A MENTE É MARAVILHOSA. *Hervey Cleckley, o pai da psicopatia*. 2 out. 2019. Disponível em: <https://amenteemaravilhosa.com.br/hervey-cleckley-o-pai-da-psicopatia/>. Acesso em: 22 mai. 2020.

<sup>13</sup> *Ibid.*



na identificação de psicopatas. A escala Hare também conhecida como psychopathy checklist, ou PCL, é utilizada por diversos países, e aponta diversos aspectos da psicopatia ligados aos sentimentos, relacionamentos interpessoais, estilo de vida e comportamentos antissociais<sup>14</sup>.

O método de Hare possui uma técnica que é formada por 20 itens que analisa o grau da psicopatia e o coloca numa proporção de 0 a 40 pontos, e se devota principalmente para indivíduos forenses. E essa pontuação é vista por 2 fatores, divididos na identificação das características do sujeito – quais sejam, frieza, falsidade, métodos cruéis, falta de remorso – e na descrição do comportamento – marcado pela prática de atividades antissociais, relutância no autocontrole, nos métodos utilizados nos crimes. Esses fatores servem para distinguir os psicopatas do primeiro fator, representado por indivíduos com origem na psicopatia e a disposição seria instintiva, e os do segundo fator, que podem ser menos frios, que se propõem a se expressar pelo arrependimento<sup>15</sup>.

Outro grande marco para os estudos da psicopatia são os estudos da Associação Americana de Psiquiatria (American Psychiatric Association), que, como explica Fabíola Araújo<sup>16</sup>, elucida o que entende serem características essenciais para diagnóstico do que denomina “transtorno de personalidade antissocial”. Atualmente, a Organização Mundial de Saúde (OMS), utiliza para a psicopatia o termo “transtorno de personalidade dissocial” e registra no CID-10, Código Internacional de Doenças, como sendo transtorno de personalidade, de maneira harmônica com o DSM (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais-V)<sup>17</sup>. Ademais, a renomada psiquiatra Ana Beatriz Barbosa<sup>18</sup>, assim os define:

Os psicopatas, em geral, são indivíduos frios, calculistas, inescrupulosos, dissimulados, mentirosos, sedutores e que visam apenas o próprio benefício. São incapazes de estabelecer vínculos afetivos ou se colocarem no lugar do outro. São

---

<sup>14</sup> STEFANO, Lara Bianca. Refêns da psicopatia. *REGRAD UNIVEM*, Marília, v. 9, n. 1, ago. 2016, pp. 235-251. Disponível em: [file:///C:/Users/sabri/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/1270-1-3607-1-10-20160825%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/sabri/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/1270-1-3607-1-10-20160825%20(1).pdf). Acesso em: 22 mai. 2020.

<sup>15</sup> MAGNOLER, Renê Gonçalves Estrela. Psicopatia forense: psicopata e o Direito Penal. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, mai. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50243/psicopatia-forense-psicopata-e-o-direito-penal>. Acesso em: 22 mai. 2020.

<sup>16</sup> ARAÚJO, Fabíola dos Santos. O Perfil do Criminoso Psicopata. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, mai. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/25059/o-perfil-do-criminoso-psicopata>. Acesso em: 22 maio 2020.

<sup>17</sup> AGÊNCIA SENADO. Psicopatia: transtorno começa na infância ou começo da adolescência. *Senado Notícias*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/04/19/psicopatia-transtorno-comeca-na-infancia-ou-comeco-da-adolescencia>. Acesso em: 22 mai. 2020.

<sup>18</sup> SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. São Paulo: Globo, 2014, p. 39



desprovidos de culpa ou remorso, e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos. Em maior ou menor gravidade, e com formas diferentes de manifestar os seus atos transgressores, os psicopatas são verdadeiros predadores sociais em cujas veia, artéria, corre um sangue gélido.

Vale dizer ainda, que Ana Beatriz Barbosa<sup>19</sup> conceitua o psicopata como sendo uma pessoa incapaz de amar e nutrir o sentimento de empatia, e jamais deixará de apresentar comportamentos antissociais, tratando-se de transtorno incurável. Feitas as devidas considerações sobre o histórico e discussões apresentadas ao conceito de psicopatia, convém estabelecer que neste trabalho a psicopatia será tratada como um transtorno de personalidade, seguindo a orientação da Organização Mundial de Saúde. No próximo capítulo será abordado diretamente o tema deste trabalho, considerando o tratamento jurídico-penal dos criminosos psicopatas.

### 3. A IMPRECISÃO LEGISLATIVA NA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS PSICOPATAS

Conforme abordado no primeiro capítulo deste artigo, para que haja responsabilização de um indivíduo que pratique uma conduta criminosa, é preciso que ele seja considerado imputável. Assim, considerando os aspectos explanados no capítulo anterior, sobre a conceituação e características do psicopata, pode-se dizer, devido às disposições legais brasileiras, pensando-a junto às explicações teóricas apresentadas, que o psicopata não pode ser considerado inimputável, pois ele tem absoluta consciência de suas ações.

Segundo entendimento dos doutrinadores Mirabete e Fabbrini, a personalidade psicopática não pode se incluir na categoria de moléstias mentais pelas perturbações da conduta, anomalia psíquica que se manifesta em procedimento violento, submetendo o indivíduo a aplicação do art. 26, parágrafo único do Código Penal,<sup>20</sup> que contempla os sujeitos considerados semi-imputáveis.<sup>21</sup>

Seguindo o mesmo entendimento, o doutrinador Cezar Roberto Bittencourt<sup>22</sup> defende que a culpabilidade diminuída dá solução à pena diminuída, na proporção direta da

<sup>19</sup> Ibid., p. 92.

<sup>20</sup> BRASIL. *Decreto-lei n° 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2020.

<sup>21</sup> BORGES, Evelyn Costa Laranjeiras. *A mente criminosa e a psicopatia no âmbito jurídico e na legislação penal brasileira*. Trabalho de Conclusão de Curso. Salvador: UCSAL.

<sup>22</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 268.

diminuição da capacidade, o que é contemplado pelo art. 98 do Código Penal, segundo o qual a pena reduzida dos indivíduos enquadrados no art. 26 do CP poderá ser substituída por uma medida de segurança.

Assim, entende o doutrinador que, uma vez reconhecida a semi-imputabilidade ao indivíduo do art. 26 do CP, caberá ao juiz decidir pela aplicação de pena privativa de liberdade, considerando a diminuição da pena ou de medida de segurança de internação, nos termos do art. 98 do Código Penal.

Importante ressaltar que o ordenamento jurídico penal brasileiro não possui uma definição sobre a psicopatia, e a jurisprudência não vem considerando-a como uma moléstia mental, mas como uma ponte de transição entre o psiquismo normal e as psicoses funcionais, tratando os indivíduos portadores do transtorno como semi-imputáveis.<sup>23</sup> Nesse sentido, vale a transcrição de julgado do STJ<sup>24</sup> acerca do entendimento:

HABEAS CORPUS Nº 462.893 - MS (2018/0197852-1) RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL PACIENTE: ANTÔNIO NADRA JEHA FILHO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. VIAS DE FATO E AMEAÇA. MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. SEMI-IMPUTABILIDADE. ALEGAÇÃO DA DEFESA DE INTERNAÇÃO DESNECESSÁRIA. CONSTATAÇÃO DE PERICULOSIDADE. RISCO PARA A FAMÍLIA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...) Já foi decidido que, apesar da psicopatia não ser considerada uma moléstia mental, ela pode ser vislumbrada como uma ponte de transição entre o psiquismo normal e as psicoses funcionais, sendo assim, os agentes psicopatas devem ser tidos como semi-imputáveis: "Capacidade diminuída da personalidade psicopática - TJSP: 'Personalidade psicopática não significa, necessariamente, que o agente sofra de moléstia mental, embora coloque na região fronteira de transição entre o psiquismo normal e as psicoses funcionais' (RT 495/304). No mesmo condão, manifestou-se o TJMT: 'A personalidade não se inclui na categoria das moléstias mentais, acarretadoras da irresponsabilidade do agente. Inscreve-se no elenco das perturbações da saúde mental, em sentido estrito, determinantes da redução da pena'. (RT 462/409/10)." (SILVA, 2012) (...). Correta a decisão, pois, se o semi-imputável é condenado, o juiz deve reduzir a pena, nos termos do art. 26, parágrafo único, do Código Penal, mas também pode aplicar medida de segurança, para seu tratamento, e inclusive a medida de segurança de internação, se o seu convívio social representar perigo à segurança das pessoas.

Assim, compreende-se, ainda, da leitura do referido julgado, que uma vez sendo

<sup>23</sup> COELHO; PEREIRA; MARQUES, op. cit., nota 2.

<sup>24</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 462893 no Mandado de Segurança nº 2018/0197852-1. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Paciente: Antônio Nadra Jeha Filho. Relator: Min. Sebastião Reis Junior. Brasília, DF, 21 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649570462/habeas-corporus-hc-462893-ms-2018-0197852-1>>. Acesso em: 22 mai. 2020.



reconhecido o tratamento aos psicopatas como indivíduos semi-imputáveis, o juiz deverá reduzir a pena ou aplicar medida de segurança, inclusive medida de internação, caso entenda necessário. Importante ressaltar que de acordo com o entendimento dos tribunais superiores, o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do Código Penal, ou seja, até 30 anos.<sup>25</sup>

Desta forma, caso o juiz entenda que o criminoso psicopata será condenado a pena privativa de liberdade, com redução, o portador do transtorno será encaminhado a uma unidade prisional para cumprimento da pena junto aos presos comuns, pois não há prisão especial para os criminosos psicopatas.<sup>26</sup> Neste sentir, considerando que os psicopatas não possuem doenças mentais, mas são portadores de um transtorno de personalidade incurável, questiona-se se o tratamento jurídico penal que vem sendo dispensado aos condenados seria apropriado.

Os estudiosos do tema são unânimes em afirmar que a psicopatia é uma alteração congênita, ininfluenciáveis à terapêutica, seja ela medicamentosa ou psicoterápica.<sup>27</sup> A psiquiatra Helena Mader<sup>28</sup>, em entrevista ao Correio Braziliense, afirmou que os psicopatas não podem ser recuperados nem com tratamentos psicológicos e, que nesses casos, a melhor solução seria a prisão perpétua.

Todavia, em que pese a renomada psiquiatra, estudiosa do tema, considere a prisão perpétua para os psicopatas criminosos como sendo a melhor solução. Trata-se de uma possibilidade vedada em nossa Constituição Brasileira, conforme disposto no art. 5, XLVII, b, considerada cláusula pétrea.

Diferentemente, nos Estados Unidos, vários estados criaram leis especiais para os psicopatas, tratando os criminosos de forma mais severa, prevendo, por exemplo, prisão perpétua e pena de morte.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> VILLAR, Alice Saldanha. O tempo máximo de duração da medida de segurança. *JusBrasil*, 2015. Disponível em: <<https://alice.jusbrasil.com.br/artigos/250127785/o-tempo-maximo-de-duracao-da-medida-de-seguranca>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

<sup>26</sup> PITANGA, Sádía Consuelo Candido. Psicopatas na prisão. *Web artigos*, São Paulo, abr. 2012. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/psicopatas-na-prisao/86704/>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* nº 1306687 MT (2011/0244776-9). Recorrente: Ministério Público do Estado do Mato Grosso. Recorrido: L M da S G. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 18 de março de 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25054791/recurso-especial-resp-1306687-mt-2011-0244776-9-stj/inteiro-teor-25054792>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>28</sup> MADER, Helena. Psiquiatra autora de best-seller defende prisão perpétua para psicopatas. *Correio braziliense*, Brasília, jun. 2012. Disponível em: <[https://correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2012/06/04/interna\\_cidadesdf,305617/psiquiatra-autora-de-best-seller-defende-prisao-perpetua-para-psicopatas.shtml](https://correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2012/06/04/interna_cidadesdf,305617/psiquiatra-autora-de-best-seller-defende-prisao-perpetua-para-psicopatas.shtml)>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>29</sup> RIBEIRO, Lane. Efeitos jurídico-penais: portadores de psicopatia. *Jus Navigandi*, Teresina, abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38351/efeitos-juridico-penais-portadores-de-psicopatia>>. Acesso



No Brasil, o Deputado Federal Marcelo Itagiba do PSDB/RJ, propôs o projeto de lei 6858/2010, a fim de criar uma comissão autônoma da gestão prisional e o cumprimento da pena do condenado psicopata,<sup>30</sup> determinando a realização de exame criminológico, devendo o mesmo ser feito ao iniciar o cumprimento da pena e também em cada progressão de regime penal e garante também que o transgressor identificado como psicopata, cumpra pena distante dos demais transgressores.<sup>31</sup>

O projeto de lei está sujeito a apreciação do Plenário e caso seja aprovado suprirá a lacuna que existe no ordenamento brasileiro, a despeito do tratamento-jurídico penal acerca dos criminosos psicopatas, e possibilitará uma certa eficácia, embora, o projeto não pareça ser a melhor solução, pois deixa algumas lacunas sobre a possibilidade de soltura do agente portador da psicopatia.

De todo modo, para demonstrar a gravidade da problemática a respeito do tema na legislação brasileira, importante mencionar, ainda, o emblemático caso de Francisco Rocha Costa, vulgarmente conhecido como Chico Picadinho, considerado indivíduo portador da psicopatia, de alta periculosidade, responsável pela morte e esquartejamento de duas mulheres.

O primeiro crime foi praticado em 1996 e Chico fora condenado a dezoito anos de reclusão por homicídio qualificado e mais dois anos e seis meses de prisão por destruição de cadáver, e, após ter cumprido oito anos de pena, foi liberto por possuir bom comportamento carcerário. Dois anos após ser solto, em 1976, Chico Picadinho cometeu o segundo crime, matando e esquartejando Ângela de Souza da Silva, com os mesmos requintes de crueldade do crime cometido anteriormente, sendo condenado, desta vez, a vinte anos de prisão.<sup>32</sup>

Após ter ultrapassado o limite de trinta anos na prisão, a juíza da Vara de Execuções Criminas observou que Chico Picadinho já havia cumprido sua pena integralmente em novembro de 1998, e há 20 anos sua situação estava indefinida, por não haver imposição de pena ou medida de segurança, determinando que o psicopata deixasse a unidade prisional e

---

em: 30 mai. 2020.

<sup>30</sup> SATRIUC, Marisa Ferreira; GENNARINI, Juliana Caramigo. O psicopata no ordenamento jurídico penal brasileiro. *Jurídico Certo*, Salvador, 2016. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/marisaferreiraadvocacia/artigos/o-psicopata-no-ordenamento-juridico-penal-brasileiro-2688>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Priscyla. Direito comparado e a punibilidade do psicopata homicida. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, nov. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44929/direito-comparado-e-a-punibilidade-do-psicopata-homicida>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>32</sup> NOTÍCIAS AO MINUTO. Chico Picadinho: psicopata de SP pode ser solto após 41 anos. *Notícias ao minuto*, Lisboa, mar. 2017. Disponível em: <<https://www.noticiasao minuto.com.br/justica/364704/chico-picadinho-psicopata-de-sp-pode-ser-solto-apos-41-anos>>. Acesso em: 30 mai. 2020.



fosse transferido para uma unidade indicada pela Secretaria de Saúde Mental do governo do estado de São Paulo com acompanhamento psicológico diário.<sup>33</sup> Atualmente, o psicopata criminoso está sendo mantido preso por uma interdição civil solicitada pelo Ministério Público, que não se trata de uma sanção criminal.<sup>34</sup>

Desta feita, considerando o exposto, identifica-se que o Brasil precisa suprir a lacuna existente na legislação acerca do tratamento jurídico-penal dos criminosos psicopatas, que requerem tratamento de maneira individualizada, com possibilidade de punições mais adequadas e eficazes.

## CONCLUSÃO

O estudo desenvolvido neste trabalho permitiu chegar a conclusões relevantes sobre a problemática responsabilização penal dos criminosos psicopatas a luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Através deste estudo, pode-se compreender que a jurisprudência brasileira, erroneamente, considera os psicopatas como agentes semi-imputáveis, embora não sejam considerados portadores de um transtorno mental, gerando a estes indivíduos benefícios de redução de pena ou aplicação de medidas de segurança, quando na verdade deveriam ser tratados com maior rigor pela legislação penal.

Verifica-se, portanto, que há impasses na responsabilização penal dos criminosos portadores da psicopatia, visto que não há legislação específica para tratamento destes indivíduos.

Os criminosos psicopatas, em que pese podem ser portadores da psicopatia em diversos níveis e graus, de forma geral, são indivíduos frios, calculistas, incapazes de sentirem remorso ou culpa, razão pela qual, caso venham a praticar crimes, a pena imposta não irá gerar arrependimento, e não cumprirá o seu caráter ressocializador.

Neste aspecto, conforme exposto neste trabalho, os psicopatas possuem um transtorno de personalidade, que não possui cura, ao passo que o tratamento jurídico-penal brasileiro demonstra-se completamente ineficaz, pois após o cumprimento da pena imposta, quer seja prisão ou medida de internação, o indivíduo será solto e poderá vir a praticar novos crimes,

---

<sup>33</sup> R7 NOTÍCIAS. Preso por esquartejar duas mulheres, Chico Picadinho deixa a prisão após 40 anos. *Gazeta digital*, Cuiabá, jan. 2019. Disponível em: <<https://www.gazetadigital.com.br/editorias/brasil/preso-por-esquartejar-duas-mulheres-chico-picadinho-deixa-a-prisao-apos-40-anos/565324>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>34</sup> NOTÍCIAS AO MINUTO, op. cit., nota 32.

com os mesmos requintes de crueldade.

Nada obstante, demonstrou-se neste trabalho, através de um estudo de direito comparado, que alguns estados em países americanos já estão mais avançados e possuem legislação própria para tratamento dos criminosos portadores deste transtorno, com possibilidade de aplicação de penas muito mais severas, como por exemplo penas de caráter perpétuo e de morte, a medida do grau de psicopatia do condenado, sendo muito mais efetivos na responsabilização destes criminosos.

Desta feita, percebe-se que o Brasil possui a iminente necessidade de criação de legislação própria para tratamento jurídico- penal aos criminosos portadores de psicopatia, que merecem tratamento individualizado, devido a severidade do transtorno, e não devem ser tratados como se fossem doentes mentais, passíveis de tratamento.

Para tanto, o Poder Legislativo deve unir esforços junto ao Poder Judiciário e a psicologia, podendo se espelhar em modelos adotados em outros países, no intuito de buscar a aplicação de medidas eficazes e adequadas quando da condenação destes agentes.

Com a criação de uma lei específica para os criminosos portadores de psicopatia, poderão ser estabelecidas sanções justas, proporcionais ao grau de periculosidade do indivíduo, a fim de que a sociedade em geral, esteja em segurança, distante de indivíduos cruéis e perversos.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Psicopatia: transtorno começa na infância ou começo da adolescência. *Senado Notícias*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/04/19/psicopatia-transtorno-comeca-na-infancia-ou-comeco-da-adolescencia>. Acesso em: 22 mai. 2020.

A MENTE É MARAVILHOSA. *Hervey Cleckley, o pai da psicopatia*. 2 out. 2019. Disponível em: <https://amenteemaravilhosa.com.br/hervey-cleckley-o-pai-da-psicopatia/>. Acesso em: 22 mai. 2020.

ARAÚJO, Fabíola dos Santos. O Perfil do Criminoso Psicopata. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, mai. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/25059/o-perfil-do-criminoso-psicopata>. Acesso em: 22 maio 2020.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BORGES, Evelyn Costa Laranjeiras. *A mente criminosa e a psicopatia no âmbito jurídico e na legislação penal brasileira*. Trabalho de Conclusão de Curso. Salvador: UCSAL.





BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 462893 no Mandado de Segurança nº 2018/0197852-1. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Paciente: Antônio Nadra Jeha Filho. Relator: Min. Sebastião Reis Junior. Brasília, DF, 21 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649570462/habeas-corpus-hc-462893-ms-2018-0197852-1>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* nº 1306687 MT (2011/0244776-9). Recorrente: Ministério Público do Estado do Mato Grosso. Recorrido: L M da S G. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 18 de março de 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25054791/recurso-especial-resp-1306687-mt-2011-0244776-9-stj/inteiro-teor-25054792>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

COELHO, Alexs Gonçalves; PEREIRA, Thaís Andréia; MARQUES, Fabiano Gonçalves. A responsabilidade penal do psicopata à luz do ordenamento jurídico penal brasileiro. Imputabilidade x semi-imputabilidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 5151, ago. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59573/a-responsabilidade-penal-do-psicopata-a-luz-do-ordenamento-juridico-penal-brasileiro>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HAUCK FILHO, Nelson; TEIXEIRA, Marco Antônio Pereira; DIAS, Ana Cristina Garcia. Psicopatia: o construto e sua avaliação. *Avaliação psicológica*, Porto Alegre, v. 8, n. 3, dez. 2009. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1677-04712009000300006](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712009000300006)>. Acesso em: 22 mai. 2020.

MADER, Helena. Psiquiatra autora de best-seller defende prisão perpétua para psicopatas. *Correio brasileiro*, Brasília, jun. 2012. Disponível em: <[https://correiobrasiliense.com.br/app/noticia/cidades/2012/06/04/interna\\_cidadesdf,305617/psiquiatra-autora-de-best-seller-defende-prisao-perpetua-para-psicopatas.shtml](https://correiobrasiliense.com.br/app/noticia/cidades/2012/06/04/interna_cidadesdf,305617/psiquiatra-autora-de-best-seller-defende-prisao-perpetua-para-psicopatas.shtml)>. Acesso em: 30 mai. 2020.

MAGNOLER, Renê Gonçalves Estrela. Psicopatia forense: psicopata e o Direito Penal. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, mai. 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50243/psicopatia-forense-psicopata-e-o-direito-penal>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

NOTÍCIAS AO MINUTO. Chico Picadinho: psicopata de SP pode ser solto após 41 anos. *Notícias ao minuto*, Lisboa, mar. 2017. Disponível em: <<https://www.noticiasao minuto.com.br/justica/364704/chico-picadinho-psicopata-de-sp-pode-ser-solto-apos-41-anos>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

OLIVEIRA, Alex Moises de. O psicopata no direito penal brasileiro. *Âmbito Jurídico*. São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-psicopata-e-o-direito-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

OLIVEIRA, Priscyla. Direito comparado e a punibilidade do psicopata homicida. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, nov. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44929/direito-comparado-e-a-punibilidade-do-psicopata-homicida>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

PICCININI, Walmor J. História da psiquiatria: anotações sobre a loucura e a psiquiatria. *Psychiatry online Brasil*, v. 20, n. 9, set. 2015. Disponível em: <<https://www.polbr.med.br/ano15/wal0915.php>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

PITANGA, Sádía Consuelo Candido. Psicopatas na prisão. *Web artigos*, São Paulo, abr. 2012. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/psicopatas-na-prisao/86704/>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

R7 NOTÍCIAS. Preso por esquartejar duas mulheres, Chico Picadinho deixa a prisão após 40 anos. *Gazeta digital*, Cuiabá, jan. 2019. Disponível em: <<https://www.gazetadigital.com.br/editorias/brasil/preso-por-esquartejar-duas-mulheres-chico-picadinho-deixa-a-prisao-apos-40-anos/565324>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

RIBEIRO, Lane. Efeitos jurídico-penais: portadores de psicopatia. *Jus Navigandi*, Teresina, abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38351/efeitos-juridico-penais-portadores-de-psicopatia>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

SANTOS, Luciana Souza; CARVALHO, Luis Fernando Mendes de. O tratamento à psicopatia no Direito Penal brasileiro. *Conteúdo jurídico*, Brasília, mai. 2020. Disponível em: <[www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54432/o-tratamento-psicopatia-no-direito-penal-brasileiro](http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54432/o-tratamento-psicopatia-no-direito-penal-brasileiro)>. Acesso em: 22 mai. 2020.

SATRIUC, Marisa Ferreira; GENNARINI, Juliana Caramigo. O psicopata no ordenamento jurídico penal brasileiro. *Jurídico Certo*, Salvador, 2016. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/marisaferreiraadvocacia/artigos/o-psicopata-no-ordenamento-juridico-penal-brasileiro-2688>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. São Paulo: Globo, 2014.

STEFANO, Lara Bianca. Reféns da psicopatia. *REGRAD UNIVEM*, Marília, v. 9, n. 1, ago. 2016, pp. 235-251. Disponível em: <[file:///C:/Users/sabri/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/1270-1-3607-1-10-20160825%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/sabri/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/1270-1-3607-1-10-20160825%20(1).pdf)>. Acesso em: 22 mai. 2020.

VILLAR, Alice Saldanha. O tempo máximo de duração da medida de segurança. *JusBrasil*, 2015. Disponível em: <<https://alice.jusbrasil.com.br/artigos/250127785/o-tempo-maximo-de-duracao-da-medida-de-seguranca>>. Acesso em: 22 mai. 2020.



## A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA: UM MECANISMO DE CONTROLE DA SELETIVIDADE PENAL

Stéphanie Coca Pereira

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

**Resumo** – o objeto deste artigo constitui-se na análise do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal brasileiro, por meio do qual há um reconhecimento da corresponsabilidade do Estado na prática do delito cometido por indivíduos marginalizados socialmente, em virtude da omissão estatal em promover a todos os membros da sociedade as mesmas oportunidades sociais. Em um primeiro momento do trabalho, apresenta-se o significado do princípio da coculpabilidade, seu embasamento constitucional e sua contextualização dentro do sistema da seletividade penal. Em seguida, faz-se mister abordar a forma se dá aplicação do princípio objeto de estudo na dosimetria da pena. Ainda se visa verificar a possibilidade de acolhida do princípio da coculpabilidade pela jurisprudência brasileira.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Princípio da coculpabilidade. Responsabilização Estatal pelo cometimento de crimes. Direitos Sociais. Dosimetria da Pena. Atenuante inominada. Seletividade Penal.

**Sumário** – Introdução. 1. O princípio da coculpabilidade e a responsabilidade do Estado sobre a prática de crimes. 2. Da possibilidade de utilização da coculpabilidade na dosimetria da pena sem violação do Código Penal e dos princípios constitucionais 3. Da aplicação da coculpabilidade na dosimetria da pena pelos Tribunais brasileiros. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Com base no respeito aos princípios constitucionais e sob o prisma de um Direito Penal garantista, a coculpabilidade traz à tona a análise da parcela de responsabilidade do Estado em não promover os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e efetivação dos direitos fundamentais. A reflexão sobre o tema parte da realidade de extrema desigualdade socioeconômica presente atualmente em nossa sociedade, a qual é reforçada pela omissão do Estado na efetivação das políticas públicas que possibilitam o acesso dos cidadãos aos direitos sociais. Aliado a isso, há o fato inconteste de que o meio no qual a pessoa vive condiciona a formação de sua personalidade e, conseqüentemente, influencia nos seus comportamentos.



Também deve-se considerar, na presente pesquisa, o alto nível de seletividade do Direito Penal, que sempre alcança, com mais facilidade e em maior número, a camada da população mais pobre e sem acesso aos direitos básicos consagrados constitucionalmente.

O que se pretende, em linhas gerais, é que haja uma correção das distorções sociais, por meio do reconhecimento de que a existência de uma conduta livre e voluntária depende da eliminação de carências sociais. Busca-se uma compensação de responsabilidade pelo não oferecimento de oportunidades iguais a todos os cidadãos, concretizando o princípio constitucional da igualdade material.

Assim, o princípio da coculpabilidade encontra enorme relevância social ao colocar o Estado e a sociedade para dividirem a culpabilidade pelo crime com a pessoa do delinquente, quando constatado, no caso concreto, que esta foi privada do acesso aos seus direitos fundamentais por negligência estatal. Tal divisão de responsabilidade pelo delito, na perspectiva jurídica, se dá na limitação do direito de punir, através da adoção da atenuante da coculpabilidade na dosimetria da pena, como atenuante inominada.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que há grande resistência, frente ao neoliberalismo e punitivismo, de que o Poder Judiciário, ao aplicar a pena, considere questões sociais e omissões do próprio Estado para atenuá-la.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a seletividade da aplicação do Direito Penal, o qual, historicamente, submete a suas sanções pessoas pobres e marginalizadas pela sociedade.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, a relação entre o perfil de quem comete crimes e a ausência de acesso dessas pessoas à educação, alimentação e condições mínimas de subsistência, demonstrando que a omissão do Estado no cumprimento de mandamentos constitucionais sociais aumenta o cometimento de crimes. Nesse contexto, será realizada a comparação entre países em que o nível de desenvolvimento social é alto e, conseqüentemente, possuem baixíssima taxa de criminalidade (como Noruega) com o Brasil.

O terceiro capítulo pesquisa como vem sendo aceito, em alguns casos e rechaçado, em outros, o princípio da coculpabilidade pelos Tribunais Superiores brasileiros e busca defender a necessidade de que este passe a ser adotado de forma pacífica.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem



viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

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

## 1. A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA COCULPABILIDADE FRENTE À SELETIVIDADE PENAL: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NA RESPONSABILIDADE ESTATAL PELA PRÁTICA DE CRIMES

Inicialmente, cumpre esclarecer que os princípios constitucionais são fundamentos de validade das demais normas jurídicas, não havendo necessidade de estarem expressos na Constituição Federal. Sob esse prisma, é possível que os princípios sejam implícitos, classificação na qual se enquadra o princípio objeto desse trabalho: o princípio da coculpabilidade, também denominado de princípio da culpabilidade pela vulnerabilidade - que não está previsto expressamente na Carta Constitucional de 1988, decorrendo, portanto, do conjunto de suas disposições e da interpretação sistemática.

O princípio da coculpabilidade reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.<sup>1</sup>

Grégore Moura define a coculpabilidade como:

uma mea-culpa da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito da nossa Carta Magna, o qual visa promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime em virtude da sua posição de hipossuficiente e abandonada pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico-social.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> MOURA, Grégore. *Do Princípio da Co-Culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006, p. 13.



Destaca-se que o que se pretende não é uma inversão de papéis em que o sujeito que comete o delito torna-se vítima e o Estado, criminoso, até porque tal situação seria incompatível com nosso sistema penal, em que o Estado é sempre sujeito passivo mediato dos crimes, e, portanto, não pode, ao mesmo tempo, ser sujeito ativo e passivo.

Bitencourt<sup>2</sup> afirma que deve ser aplicado ao caso o mesmo raciocínio utilizado para a responsabilização penal da pessoa jurídica, considerando que é impossível um ente fictício ter vontade, uma vez que a conduta, pedra angular da teoria do crime, é produto exclusivo do homem. Assim, conclui que a capacidade de culpabilidade exige a presença da vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter.

Portanto, a responsabilidade do Estado é uma responsabilidade indireta, em virtude da inadimplência no cumprimento dos seus deveres estabelecidos pela própria Constituição Federal, já que o Brasil tem como fundamento basilar a dignidade da pessoa humana, bem como objetiva construir uma sociedade livre, justa e solidária, visando à erradicação da pobreza e da marginalidade, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, que são absurdamente extravagantes no Brasil. Tal responsabilidade também não deve ser aplicada de forma ampla e genérica. O Estado e a sociedade devem dividir a culpabilidade pelo crime com a pessoa do delinquente, somente quando se constate, no caso concreto, que esta foi privada do acesso aos seus direitos fundamentais por negligência estatal e essa divisão de responsabilidade pelo delito se dá na limitação do direito de punir.

A omissão estatal deve proporcionar aos criminalizados que se encontram nesta situação de abandono e desamparo, e que tenham cometido infrações em razão dessa hipossuficiência, uma menor reprovabilidade penal, visto que tiveram menor possibilidade de autodeterminarem conforme estabelece o ordenamento jurídico.

Como forma de retratar a seletividade do direito penal como fundamento para a aplicação do princípio da coculpabilidade, convém trazer registros do relatório realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) que, por intermédio do Levantamento Nacional das Informações Penitenciárias (INFOPEN), divulgou em 2017 um retrato do

---

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 163.



sistema carcerário brasileiro. O estudo<sup>3</sup> aponta que, na época, os estabelecimentos penais contavam com 726.712 mil presos, o que garantia ao Brasil o quarto lugar no ranking de países mais encarceradores, perdendo, tão somente, para os Estados Unidos (2.228.424).

O que mais interessa a este trabalho é que o levantamento revela, ainda, que 64% dos presos foram declarados como sendo da cor negra, enquanto que a população branca corresponde a 35% da população carcerária, resultando que, em cada três presos, dois são negros. É digno de nota realizar a seguinte constatação: esse perfil carcerário quando comparado à população brasileira, evidencia um descompasso, tendo em vista que a porcentagem da população negra corresponde a 53% da população brasileira em geral. Quanto ao nível de escolaridade, 4% dos presos foram considerados analfabetos e 6% alfabetizados sem cursos regulares. Quanto ao ensino fundamental, 51% o possuem de forma incompleta, ao passo que 14% conseguiram completar aquele grau de escolaridade. Em contrapartida, aqueles que possuem o ensino médio incompleto e completo, ensino superior incompleto e completo totalizam 25% dos presos.

Pelos dados, conclui-se que a escolaridade é um forte fator protetivo à prisão. Refletindo o censo penitenciário de 2017, como percebe Barbosa<sup>4</sup>: “o sistema penal brasileiro pune e muito... principalmente os negros, os pobres, as minorias em geral”. Numa linguagem mais direta, significa afirmar que há uma clientela tradicional do sistema repressivo, sendo que esse lado seletivo do Direito Penal foi evidenciado pelo interacionismo simbólico e, posteriormente, chegando ao amadurecimento das ideias, pela Criminologia Crítica.

Nesse sentido, Greco<sup>5</sup> afirma que o “Direito Penal tem cor, cheiro, aparência, enfim, o Direito Penal, também como regra, foi feito para um grupo determinado de pessoas, pré-escolhidas para fazer parte do show”.

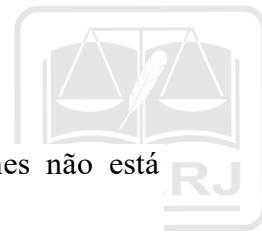
Com a ampliação, a nível internacional, do horizonte comparativo da pesquisa, as consequências da omissão do Estado em cumprir os mandamentos constitucionais ficam ainda mais evidentes. Sob esse prisma, cabível o questionamento: como explicar que na Noruega, país que possui a maior taxa de desenvolvimento e qualidade da vida, o índice de

---

<sup>3</sup>DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Disponível em [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf). Acesso em: 07 out.2019.

<sup>4</sup> BARBOSA, Joaquim. Político não pega cadeia. *Revista Veja*, São Paulo, edição 2221, 15 jun. 2011. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>. Acesso em: 07 out.2019

<sup>5</sup> GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p.08.



criminalidade seja quase zero? Tais realidades comprovam que a causa dos crimes não está apenas no sujeito que os cometem, mas também nas condições em que ele vive.

A seletividade do Direito Penal também é bem retratada na classificação feita pela criminologia crítica em “crimes de rico” e “crimes de pobre”. Nos crimes de rico, que são aqueles que envolvem, muitas vezes, prejuízos de milhões de reais aos cofres públicos – como crimes contra a ordem tributário -, o pagamento integral da dívida gera a extinção da punibilidade. Nos crimes de pobre, por sua vez – como o furto -, que costumam envolver valor patrimonial inferior e têm como motivação, na maioria das vezes, questões de subsistência e sustento do agente delinquente, não há a possibilidade de extinção da punibilidade com a reparação do dano.

É evidente a diferença de tratamento dada aos criminosos que promovem a reparação do dano nos crimes tributários em relação aos criminosos que reparam o dano nos demais crimes, notadamente nos crimes comuns contra o patrimônio. No caso dos crimes comuns cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, quando o dano é reparado ou a coisa é restituída por ato voluntário do agente até o recebimento da denúncia ou queixa, a pena é reduzida de um a dois terços, por configurar hipótese de arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal (CP)<sup>6</sup>.

No entanto, se os crimes comuns forem cometidos com violência e grave ameaça à pessoa, ou quando a reparação do dano se der após o recebimento da denúncia, incidirá a atenuante genérica prevista no art. 65, II, b, do CP. Mas em relação aos crimes contra a ordem tributária, a consequência da reparação do dano é a extinção da punibilidade do agente (desde que antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, segundo o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça).

Essa diferença de tratamento ofende os princípios da isonomia, da ofensividade, fragmentariedade e subsidiariedade e prestigiam a seletividade penal, que acaba por punir duplamente o agente que comete os crimes de pobres. Uma vez, em sua origem, com a omissão do Estado em lhe promover acesso à educação, saúde e dignidade humana de forma geral; uma segunda vez, ao puni-lo de forma ainda mais severa quando da aplicação da pena – situação a qual se pretende restabelecer o equilíbrio que lhe fora retirado, por meio da aplicação do princípio da coculpabilidade.

---

<sup>6</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 17 mai. 2020.





Nesse diapasão, Ferraz<sup>7</sup> acrescenta que a coculpabilidade, ou culpabilidade pela vulnerabilidade, recebeu contribuições fundamentais da criminologia, mormente quanto à reação social, em que se identificou no fenômeno crime mais do que uma entidade ontológica, mas, principalmente, um etiquetamento realizado pela sociedade a determinadas pessoas, não pela conduta praticada em si, mas pelas complexas relações e interações sociais – fenômeno também chamado, por alguns doutrinadores como Eugenio Zaffaroni e José Pierangeli, de Direito Penal do Autor.

## 2. A COCULPABILIDADE COMO DIMINUIÇÃO DA CULPABILIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA: CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL OU ATENUANTE INOMINADA

Inicialmente, cumpre informar que no ordenamento jurídico pátrio há duas hipóteses distintas de aplicação da coculpabilidade: como excludente da própria culpabilidade penal ou na dosimetria da pena – podendo, nesta última, ser atenuante inominada ou circunstância judicial da pena-base.

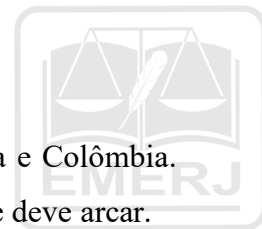
Este trabalho filia-se ao entendimento de que a coculpabilidade deve ser aplicada na dosimetria da pena, descartando sua utilização como excludente de culpabilidade. A uma porque a inexigibilidade de conduta diversa – faceta da culpabilidade em que seria possível vislumbrar a aplicação da coculpabilidade – possui natureza jurídica de exculpante legal e supralegal. Assim, seria fundamental a sua positivação no ordenamento jurídico. A duas porque o princípio da coculpabilidade como excludente da própria coculpabilidade reforçaria a inadvertida ideia de criminalização da pobreza, como se esta fosse a causa do crime. Nesse sentido, salienta Peter Filho<sup>8</sup>:

A tese de que o reconhecimento da vulnerabilidade conduziria a uma exclusão da própria culpabilidade representa uma aplicação extremada e desarrazoada da teoria. (...) Na verdade, essa proposta se reveste de um elevado grau de fatalismo, pois que a suscetibilidade do réu surgiria como algo intransponível e, ademais, condicionante da prática de crimes, reforçando ao avesso a perigosa ideia de criminalização da pobreza, da cultura e das vicissitudes interiores (não patológicas), uma vez que toda pessoa em condições sociais fragilizadas seria considerada como criminosa em potencial.

Destaca-se que a coculpabilidade como medida de culpa, como elemento a ser considerado na dosimetria da pena, encontra guarida em diversos ordenamentos jurídicos da América Latina,

<sup>7</sup> FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v.120, p.41-73, maio/junho.2016.

<sup>8</sup> PETER FILHO, Jovacy. Coculpabilidade e vulnerabilidade: considerações a partir de um realismo jurídico-penal. In: SÁ, Alvaro Augusto de, TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 224.



como nas legislações penais da Argentina, Peru, México, Paraguai, Equador, Bolívia e Colômbia. Esses Estados reconhecem que há uma coculpabilidade com a qual a própria sociedade deve arcar.

Tal identidade entre os diversos países da América Latina se dá, segundo Grégore Moura<sup>9</sup>, pelo fato de haver semelhança no desenvolvimento histórico desses países, que vem desde o período de colonização e provocou uma profunda desigualdade social, em razão da má distribuição de renda.

Assim, retornando o olhar para o ordenamento pátrio, a coculpabilidade pode ser reconhecida tanto na primeira fase da dosimetria da pena, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, quanto na atenuante genérica prevista no art. 66 do mesmo diploma legal.

Porém, é importante mencionar que a análise da condição social adversa, a qual ensejaria a redução da pena no momento da dosimetria, depende da existência de uma relação razoável entre os direitos sociais básicos que lhe foram sonogados com o injusto penal praticado.

Sob esse prisma, fica evidenciada a relação entre o princípio da coculpabilidade e o princípio da individualização da pena, o qual possui previsão constitucional, no art. 5º, inciso XLVI. Isso porque aquele representa uma concretização deste, visto que é dado relevo às condições sociais e pessoais do agente no caso concreto, como pobreza extrema, desemprego, moradia, nível de escolaridade, etc,

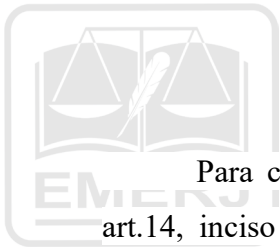
Salienta-se que, ao aplicar a coculpabilidade como atenuante inominada, deve ser analisada também o grau de instrução intelectual do agente para que, assim, seja possível avaliar, de modo completo, o seu grau de autodeterminação.

Amilton Carvalho e Salo de Carvalho esclarecem<sup>10</sup>:

A atenuante não fica restrita somente à imputação econômica do imputado, tendo em vista que esta é somente uma das variáveis que compõe o dever de prestação estatal no Estado Social de Direito. Devem ser avaliadas também as condições econômicas de formação intelectual do réu, visto que esta relação é fundamental para averiguação do grau de autodeterminação do sujeito.

<sup>9</sup> MOURA, op.cit., p.100.

<sup>10</sup> CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.75.



Para corroborar com o entendimento acima destacado, é possível citar como exemplo o art.14, inciso I, da Lei nº.9.605/98<sup>11</sup> que reconhece como atenuante da pena o baixo grau de instrução e escolaridade do agente.

Ademais, admite-se que ideal seria que o princípio da coculpabilidade estivesse expressamente previsto em nossa legislação, como ocorre em nossos países vizinhos. Porém, cumpre asseverar o retrocesso em que se procedeu no âmbito legislativo no sentido do reconhecimento de tal princípio.

A coculpabilidade, apesar de nunca ter sido prevista em nenhuma lei do ordenamento jurídico pátrio, esteve bem próxima disso no Projeto de Lei nº 3.473/2000, em que foi feita referência às “oportunidades sociais”, a serem consideradas na pena-base. Entretanto, o referido projeto foi incorporado ao Projeto de Lei nº 236 de 2012, o qual simplesmente suprimiu tal previsão – o que evidencia a vontade da maioria dos juristas de deixar o Brasil distante das legislações penais mais progressistas de outros países da América Latina.

De qualquer forma, independentemente de previsão legal, com fundamento no pluralismo jurídico – que legitima um sistema jurídico plural, isto é, não restrito exclusivamente à fonte formal (lei) – é possível o reconhecimento da coculpabilidade como atenuante da pena, uma vez que o Direito Penal, de viés garantista, reconhece inúmeros institutos não previstos em lei para afastar a incidência penal, como o consentimento do ofendido, o princípio da insignificância e da adequação social.

Sobre o pluralismo jurídico como mais um fundamento legitimador da aplicação da coculpabilidade, Carvalho e Carvalho<sup>12</sup> asseveram “Não é despiciendo lembrar que o pluralismo jurídico no âmbito do Direito Penal só é permitido em hipóteses descriminalizadoras e despenalizadoras, jamais em casos de incidência penal, sempre no intuito de ampliar a liberdade individual.”

Nesse mesmo sentido, Luigi Ferrajoli<sup>12</sup> ensina que, na estruturação da teoria do garantismo penal, o julgador goza de determinada discricionariedade no momento da dosimetria da pena. Tal discricionariedade advém da atividade de julgar, que nada mais é do que realizar uma interpretação equitativa do fato legalmente tipificado. Dessa forma, destaca que essa equidade é a valoração judicial das características particulares de cada caso concreto, analisado individualmente,

---

<sup>11</sup> BRASIL, op.cit., nota 06.

<sup>12</sup> CARVALHO; CARVALHO, op.cit., p.81.



possibilitando, assim, o reconhecimento de atenuante não prevista expressamente em lei, em consonância com a liberdade conferida pelo art. 66 do Código Penal<sup>13</sup>.

### 3.DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

De pronto, há de se esclarecer que ainda existe uma barreira em torno do reconhecimento do princípio da coculpabilidade nos Tribunais Superiores. Em pesquisa jurisprudencial junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), identificam-se apenas quinze acórdãos que tratam do princípio da coculpabilidade. Entre eles, em nenhum acórdão foi acolhida a tese de coculpabilidade, sendo todos unânimes pela sua não aplicação.

Como principal fundamento para a não aplicação, os julgados, em sua maioria, mencionam a falta de positivação da coculpabilidade no ordenamento pátrio. Isso demonstra uma postura legalista por parte de nossos julgadores, que, agindo assim, desconsideram o ordenamento jurídico como um todo, o qual também é composto por princípios que devem ser sopesados e interpretados em conjunto com as regras em uma hermenêutica de aplicação do Direito ao caso concreto na busca constitucional pela proteção da dignidade da pessoa humana.

Assim, cabe à jurisprudência a função de aproximar o texto legal à realidade social. A ausência de previsão legal, por si só, não deve obstar a aplicação determinado instituto jurídico, mormente quando condizem com outros princípios consagrados no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Gregore Moura<sup>13</sup> afirma a natureza de princípio constitucional implícito da coculpabilidade, abarcado pelo art. 5º, parágrafo segundo da Constituição Federal, e tendo relação com outros princípios constitucionais: republicano, intervenção mínima, culpabilidade, humanidade e individualização da pena.

É interessante destacar que, apesar de conclusão pela não aplicação da coculpabilidade aos casos concretos, há dois julgados do STJ que parecem admitir a possibilidade de tal aplicação. O HC nº 179. 519<sup>14</sup>, com o objetivo de avaliar a corresponsabilidade do Estado em não fornecer o mínimo necessário, avalia a situação socioeconômica do acusado, verificando possuir emprego lícito, casa própria e contar com ajuda de custo da irmã. Por esses motivos, concluiu-se que não

<sup>13</sup> BRASIL, op.cit. nota 06.

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 179 519. Relator Min. LAURITA VAZ. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HC+179519&processo=179519&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 17 fev. 2020.



havia situação de vulnerabilidade, razão pela qual não foi aplicada a atenuante genérica da coculpabilidade. Veja:

A corte de origem, soberana na análise fática da causa, restou convicta de que não havia campo para o reconhecimento da atenuante do artigo 66 do Código Penal, uma vez que o acórdão impugnado reconheceu que o próprio réu alegou que tem trabalho fixo em seu país, no setor agropecuário, possui casa própria e divide despesas com uma irmã. Isso indica que ele tinha outras alternativas para amenizar seus problemas financeiros, mas aceitou transportar a droga com o único objetivo do lucro rápido e fácil. Dizendo noutro giro, de individuo miserável, marginalizado e sem outras opções de subsistência não se trata nestes autos. Assim, não é possível, na via exígua do writ, proceder a amplo reexame dos fatos e provas carreadas aos autos para se reconhecer a culpabilidade.

Além do julgado acima exposto, o STJ, no Resp nº 1.394.233<sup>15</sup>, ao enfrentar o tema da coculpabilidade, reformou o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), o qual estabelecia o entendimento de que a atenuante inominada, prevista no art. 66 do CP<sup>16</sup>, restringe-se aos casos de coculpabilidade. O entendimento esposado pelo TJSP concluía que a coculpabilidade tem aplicação no nosso ordenamento jurídico e que o Código Penal dispõe de um dispositivo específico para a sua aplicação na dosimetria da pena.

No mencionado Recurso Especial, o relator assim elucidou:

Dessa forma, contrariamente ao que ficou decidido pela Corte a quo, entendo que a atenuante prevista no art. 66 não possui aplicação limitada aos casos em que reconhecida a coculpabilidade do Estado, podendo incidir sempre que o julgador identificar alguma circunstância relevante.

No âmbito da jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos estados, há variadas decisões inovadoras e progressistas que reconhecem e aplicam o princípio da coculpabilidade.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conhecido por posições sempre a frente de seu tempo, possui algumas decisões em que reconhece a coresponsabilidade estatal em não garantir os direitos mínimos consagrados pela Constituição Federal. É o caso dos Embargos infringentes nº700007923558<sup>17</sup>:

Ementa: Embargos Infringentes. Tentativa de estupro. Fixação da pena. Agente que vive de biscates, solteiro, com dificuldades para satisfazer a concupiscência, altamente vulnerável à prática de delitos ocasionais. Maior a vulnerabilidade social, menor a culpabilidade. Teoria da co-culpabilidade (Zaffaroni). Prevalência do voto vencido, na fixação da pena-base mínima. Regime carcerário inicial. Embargos acolhidos por maioria.

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.394.233*. relator Ministro Sebastião Seis Júnior. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. > Acesso em: 17 fev. 2020.

<sup>16</sup> BRASIL, op.cit., nota 06.

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Embargos infringentes nº700007923558*. Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 fev. 2020



Observa-se- que o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, deu provimento a esse recurso para a fixação da pena base no mínimo legal, considerando a coculpabilidade nas circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal. O argumento utilizado foi o de que o Estado é corresponsável por não suprir o mínimo de condições sociais ao agente, ou seja, corrobora com a tese defendida por Zaffaroni, em que onde há maior vulnerabilidade social, deve haver menor culpabilidade.

Há outro julgado do referido E. Tribunal, *Apelação Crime nº 70013886742*<sup>18</sup>, em que foi aplicado o princípio da coculpabilidade:

Ementa: FURTO EM RESIDÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. FATO TÍPICO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Além da inexistência de resultado patrimonial, a ocorrência de crime bagatela exige análise acerca do desvalor da conduta do agente. A invasão da residência da vítima imprime desvalor à ação, tornando incabível a aplicação do princípio da insignificância. JUÍZO CONDENATÓRIO MANTIDO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 66 DO CP. RÉU SEMI-ALFABETIZADO. INSTITUTO DA CO-CULPABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA. MULTA. ISENÇÃO DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. PENA QUE TRANSCENDE DA PESSOA DO CONDENADO POBRE, ATINGINDO SEUS FAMILIARES. *Apelação parcialmente provida.*

O argumento usado nesse outro julgado foi no sentido de acolhimento da atenuante genérica do artigo 66, do Código Penal<sup>19</sup>, aplicando, assim, a dosimetria na segunda fase da dosimetria da pena. Entrementes, a justificativa fora a de que o réu estava em uma situação de menosprezo educacional por ser semialfabetizado, responsabilizando o Estado por não cumprir o contrato social, que é o acesso a todos a educação.

Há, ainda, julgado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>20</sup>, em que a coculpabilidade é aplicada como excludente da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa:

Penal e Processo Penal. Recurso em sentido estrito. Uso de documento falso. Passaporte falsificado para ingressar nos Estados Unidos da América. Art. 304 do Código Penal. Não reconhecimento da denúncia em razão da inexigibilidade de conduta diversa. (...) Entendo que a situação do denunciado, nos presentes autos, não difere da de inúmeros outros brasileiros, também excluídos socialmente, e que buscam no exterior melhores condições de vida. Adoto, em particular, como razões de decidir, os fundamentos já tantas outras vezes acolhido: esse tipo de processo se refere a exilados econômicos, que à semelhança

<sup>18</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Crime nº 70013886742*. Rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

<sup>19</sup> BRASIL, *op.cit.*, nota 06.

<sup>20</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal 2001.51.01529656-0, de 2005*. Rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 fev. 2020.



dos exilados políticos tentam encontrar condições de vida mais satisfatórias em outro país. Ao longo de muitas instruções realizadas, pode constatar que todos esses cidadãos brasileiros tentam desesperadamente livrar-se da marginalidade social e econômica a que estão condenados, sem vislumbrar em que momento do tempo os princípios programáticos constitucionais, a existência digna, a Justiça Social, a redução das desigualdades regionais e sociais a busca do pleno emprego, contidas no art. 170 da Constituição Federal, transformar-se-ão em realidade.

Essa decisão demonstra a anormalidade das circunstâncias concomitantes experimentadas pelo agente que o levaram a enxergar como única alternativa adentrar ilegalmente em outro país, à procura de condições melhores de vida, uma vez que, no Brasil, vivia à marginalidade social. Assim, foi reconhecida a inexigibilidade de conduta diversa e, como consequência, excluída a culpabilidade penal.

Feita essa análise, vislumbra-se resistência na aplicabilidade dessa teoria pelos julgadores brasileiros, sendo feita apenas de forma esporádica e eventual.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa se debruçou sobre a problemática da aplicação do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, explorando a ideia de divisão de responsabilidade do delito entre o agente da prática criminosa e o Estado em virtude da omissão deste em implementar as mesmas oportunidades sociais a todos os cidadãos. Refletiu-se, como plano de fundo, sobre a necessidade de constitucionalização e humanização do Direito Penal.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível vislumbrar, na aplicação do princípio da coculpabilidade, a concretização do Direito Penal como garantidor de princípios constitucionais, como o da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena. Assim, o reconhecimento do princípio da coculpabilidade corporifica a igualdade material, no momento em que se legitima um tratamento diferenciado, porém justificável pelas circunstâncias do caso concreto, na dosimetria da pena para autores de práticas criminosas vulneráveis que têm sua autodeterminação limitada.

Sob o prisma da consolidação da dignidade humana, observa-se que a aplicação do princípio objeto de estudo tem por objetivo a proteção do indivíduo hipossuficiente, que, por imperativo constitucional, deve ser tratado com dignidade.

Quanto ao princípio da individualização da pena, é fato que o princípio da coculpabilidade, no momento em que reconhece e leva em consideração a situação socioeconômica individual do delinqüente marginalizado, personaliza a aplicação e execução da pena, concretizando, assim, o referido princípio.



O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na idéia de que a aplicação do princípio da co-culpabilidade apresenta-se plenamente possível no Direito Penal brasileiro. Isso porque há dispositivos no Código Penal mediante os quais se torna possível a aplicação do princípio objeto de estudo. Destaca-se a inserção deste como circunstância inominada do art. 66 do Código Penal, em que se vislumbra a possibilidade de uma circunstância, mesmo não especificada pelo legislador, que possa atenuar a pena.

Ainda ficou demonstrado que constitui-se como outra hipótese de aplicação a introdução do referido princípio no art. 59 do Código Penal, apresentando-se expressamente no mencionado artigo como circunstância judicial, estabelecendo, assim, o juiz a pena com atenção às oportunidades sociais oferecidas ao autor do delito.

Na prática, a jurisprudência pátria, infelizmente, apresenta resistência quanto à aplicabilidade do princípio da coculpabilidade sob o falacioso argumento de ausência de previsão legal. Tal posição reiterada nos Tribunais evidencia o caráter legalista e punitivista da maioria de nossos operadores do Direito, que opta por não repousar seu olhar sob a situação incomoda e latente de extrema pobreza e marginalidade social que assola grande parte da população brasileira. Não admitir que tal situação tem repercussão na criminalidade significa ignorar todos os estudos de criminologia que nos indicam esse liame e que muito pode ser útil na dogmática penal.

Nesse diapasão, diante da grande importância do conteúdo de justiça social que o presente tema inegavelmente se reveste, porém com escassa bibliografia sobre o mesmo, torna-se imprescindível o aprofundamento dos estudos, a fim de que o campo para sua aplicação torne-se cada vez mais fértil.

## REFERÊNCIAS

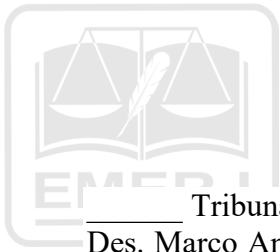
BARBOSA, Joaquim. Político não pega cadeia. *Revista Veja*, São Paulo, edição 2221, 15 jun. 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>>. Acesso em: 07 fev. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, *HC nº7187132*, MG, 2010/185087-8. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data do Julgamento: 05/02/2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_18\\_capSumula241.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula241.pdf)>. Acesso em: 25 out. 2019.





\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Crime nº 70013886742*. Rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, Sexta Câmara Criminal, Julgado em: 20.04.2006, Diário da Justiça, Porto Alegre, RS, 13 jun. 2006. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/> >. Acesso em: 10 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Embargos infringentes nº 700007923558*. Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, Quarto Grupo de Câmeras Criminais, julgado em 28/04/2000. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/> >. Acesso em: 10 fev. 2020.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.

MOURA, Grégore. *Do Princípio da Co-Culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006.

PETER FILHO, Jovacy. Culpabilidade e vulnerabilidade: considerações a partir de um realismo jurídico- penal. In: SÁ, Alvinho Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

## RESPONSABILIDADE CIVIL EM RAZÃO DE ABANDONO AFETIVO

Suelen dos Santos Soares Vieira

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogada.

**Resumo-** busca-se com o presente trabalho, a discussão sobre a caracterização do abandono afetivo entre genitores e descendentes e as consequências psicológicas e sociais que decorrem desse abandono. Delimita-se a atuação do Poder Judiciário na esfera íntima do sujeito ativo do abandono, responsabilizando-o pelo dano sofrido pelo sujeito passivo, por intermédio de uma contraprestação pecuniária e não uma contraprestação sentimental. Questiona-se se a indenização pecuniária é capaz de substituir a ausência afetiva de um ou de ambos genitores e o quantum indenizatório deve ser aplicado na sentença condenatória.

**Palavras-chave-** Direito Civil. Família. Responsabilidade Civil. Abandono afetivo.

**Sumário-** Introdução; 1. Aplicação da legislação brasileira ao instituto do abandono afetivo; 2. Caracterização do abandono afetivo à luz da ordem jurídica brasileira; 3. Obrigatoriedade de cuidar e não de amar. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

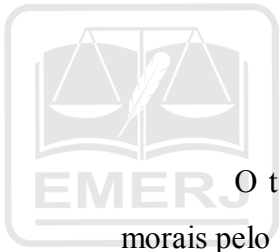
A presente pesquisa científica discute a existência da possibilidade de o Judiciário determinar que aquele que abandonou o menor seja condenado a indenizá-lo pelos danos suportados. O objetivo é a demonstração das consequências negativas que a ausência de afeto gera na construção psíquica e sentimental da criança.

Neste sentido, demonstra-se as posições doutrinárias existentes sobre o assunto, e julgados sobre o tema, que irão demonstrar se existe efetiva necessidade de o Judiciário se manifeste nesses casos.

Questiona-se se o Judiciário tem o poder de interferir na esfera íntima do sujeito, a ponto de o obrigar a demonstrar afeto pelo menor, ora abandonado, ou se apenas pode definir uma indenização ao menor para que esta seja capaz de compensar e substituir o abandono e todas as consequências maléficas suportados pela criança.

Inicia-se o primeiro capítulo demonstrando a importância do convívio familiar entre filhos e seus genitores, e o tratamento que a Carta Magna e os demais ramos do direito dão a entidade familiar.

Segue-se analisando a legalidade da ingerência que o Poder Judiciário pode ter sobre a intimidade do indivíduo a ponto de obrigá-lo a conviver e amar o menor.



O terceiro capítulo visa delimitar a relevância da condenação do genitor em danos morais pelo abandono afetivo. Questiona-se se a indenização pecuniária é capaz de substituir a ausência afetiva de um ou de ambos genitores e o quantum indenizatório deve ser aplicado na sentença condenatória.

A presente 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. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA AO INSTITUTO DO ABANDONO AFETIVO

Inicialmente, deve-se fazer um acompanhamento histórico acerca do desenvolvimento da percepção do instituto da família.

A família e o casamento são institutos pré legais, que surgiram anteriormente a existência da positivação do direito, sendo, portanto, considerados como fato social e não como um instituto do direito em si.

No decorrer dos anos, diversas concepções de família foram surgindo. Mas nem todas possuíam como núcleo central a existência do afeto. Diferentemente do que ocorre nos dias atuais, em que o afeto é o núcleo central de constituição de uma família.

A família contemporânea foi construída inicialmente pela família Romana e Canônica. Nas famílias da Roma, a autoridade era exercida pelo ascendente mais velho sobre seus descendentes, ainda que não possuíssem laços de consanguinidade, incluindo esposas e mulheres casadas com seus descendentes.

No início da legislação brasileira, a família só era reconhecida quando existia o casamento formal entre indivíduos, ou pela relação de consanguinidade entre eles.

Entretanto, com a evolução humana e social, o conceito de entidade familiar foi sendo alterado, sendo hoje reconhecido nas relações em que existam amor, carinho e afetividade. Sem que seja necessária a realização de um casamento formal ou ainda pela relação de consanguinidade entre os indivíduos que a formam.



Até a construção da Constituição de 1988 as famílias somente poderiam ser constituídas por intermédio do casamento, que era visto como a união entre homem e mulher realizada de acordo com os ditames legais. No Código Civil de 1916, por exemplo, somente eram considerados filhos legítimos aqueles que tivessem sido concebidos na constância do casamento<sup>1</sup>.

A Constituição Federal de 1988, trouxe importante alteração no conceito de família reconhecendo-a como entidade familiar e oferecendo especial proteção do Estado, conforme preceitua o art. 226<sup>2</sup>.

Neste sentido, o autor Gustavo Tepedino afirma que:

altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.<sup>3</sup>

Nota-se a mudança da conceituação da família, passando a ser reconhecida como entidade familiar, deixando de lado o conceito formal e dando espaço para sentimentos mais valiosos, como o afeto, a lealdade, confiança, respeito e amor. Sentimentos que nem sempre estavam presentes em relações que obedeciam ao conceito formal anteriormente imposto a sociedade.

Vale ressaltar, que atualmente existem mais entidades familiares reconhecidas no ordenamento jurídico, quais sejam, o casamento, a união estável e a família monoparental. Todas previstas na Constituição Federal, respectivamente no artigo 226 parágrafos 1, 2, 3 e 4.

Apesar de tais entidades serem reconhecidas expressamente no ordenamento jurídico, há outras entidades que não estão previstas de forma explícita, mas que integram o conceito de entidade familiar, criadas pela dinâmica das relações sociais, gerando direitos aos integrantes da entidade, no que tange a alimentos, proteção processual, entre outros.

Seja qual for a espécie de entidade familiar, estando ou não prevista expressamente na Constituição Federal e nas demais legislações brasileiras, certo é que, a existência de um menor de idade na entidade familiar, sujeita os responsáveis legais, sendo genitores ou não, a responderem pela afetividade dispensada ou não a criança.

<sup>1</sup>BRASIL. *Lei n. 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm#art337](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm#art337)> Acesso em: 07 out. 2019.

<sup>2</sup>BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 07 out. 2019.

<sup>3</sup> TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares, p. 422. In: *Temas de Direito Civil*, 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 419-443.



Ainda nesse sentido, é importante o destaque sobre o reconhecimento do estado de filiação, que consiste na relação de parentesco estabelecido entre duas pessoas, em que uma delas é considerada filha da outra. O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco mencionada acima.

O instituto da filiação compreende um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Sendo o filho titular do estado de filiação, da mesma maneira que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e maternidade, em relação a ele.

O estado de filiação é constituído por força de lei ou em razão da própria posse de estado, em razão da convivência familiar, que se consolida na própria afetividade.

Assim, a filiação jurídica será sempre estabelecida pela natureza cultural, sendo ela biológica ou não biológica.

A família tem grande responsabilidade na formação do caráter e personalidade do indivíduo. Os ensinamentos basilares para que um indivíduo integre a sociedade, dependem integralmente do recebimento de carinho e afeto dos responsáveis legais.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias<sup>4</sup>:

que o Direito de Família no Brasil atravessa um período de efervescência. Deixa a família de ser percebida como mera instituição jurídica para assumir feição de instrumento para a promoção da personalidade humana, mais contemporânea e afinada com o tom constitucional da dignidade da pessoa humana. Não mais encerrando a família um fim em si mesmo, finalmente, averba-se que ninguém nasce para constitui-la. Ao revés, trata-se do lugar privilegiado, o ninho afetivo, onde a pessoa nasce inserta e no qual modelará e desenvolverá a sua personalidade, na busca da felicidade, verdadeiro desiderato da pessoa humana.

Nesse contexto de percepção da família como instrumento de promoção da personalidade humana, é que se verifica a possibilidade de responsabilidade civil pelo abandono afetivo.

## 2. CARACTERIZAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO A LUZ DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Atualmente, as famílias possuem como característica elementar o afeto. Sendo este um elemento de suma importância na relação familiar, visto que sua ausência influencia negativamente na formação da personalidade dos filhos do casal.

---

<sup>4</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de (coord). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, contracapa.

As ciências psicossociais têm demonstrado a decisiva influência no contexto familiar do elemento afeto, capaz de sustentar o desenvolvimento sadio na formação do indivíduo.

Entendendo a importância deste elemento, surge o instituto da paternidade responsável, que impõe aos pais o dever de sustento moral, intelectual e afetivo aos filhos, não sendo mais um direito ou uma escolha dos pais de propiciarem ou não aos filhos.

O instituto da paternidade responsável está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, ambos constituem a base para a composição da família no ordenamento jurídico pátrio, visto que retratam a ideia de responsabilidade, que deve ser observada tanto na formação como na manutenção da família<sup>5</sup>, estando, portanto, previsto na Constituição Federal no artigo 226<sup>6</sup>.

A responsabilidade civil possui diversas funções, dentre elas destaca-se a função compensatória, a função punitiva do ofensor e a função pedagógica, com vistas a tornar público quais condutas não são toleradas em sociedade.

Quando não é possível a restituição do bem prejudicado, é fixado um determinado valor referente a restituição do bem e caso este não seja possível de ser restituído, um valor compensatório do direito.

A segunda função da responsabilidade civil é a punição do ofensor pelo mal causado a terceiro, o objetivo é o desestímulo de novas práticas de atos que sejam lesivos.

Por último, mas não menos importante, tem-se a função de cunho socioeducativo ou pedagógico, que tem por objetivo alertar a sociedade que condutas como as do ofensor não podem ser toleradas na vida em sociedade, já que causam desequilíbrio na sociedade e violam a segurança da vida em comunidade.

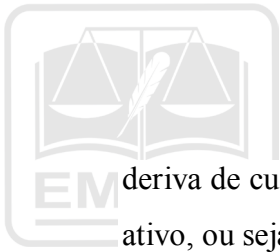
O instituto da responsabilidade civil está intimamente ligado ao estudo do abandono afetivo. A responsabilidade civil é atribuída aquele que de alguma forma viola os direitos de terceiros. De acordo com o ordenamento jurídico, àquele que viola os direitos de outrem, a legislação brasileira, impõe o dever de indenizar.

A responsabilidade civil é dividida em subjetiva e objetiva. Ao tratarmos da responsabilidade subjetiva, é possível observar que a mesma deriva de culpa, ou seja, ocorre quando alguém de forma intencional prejudica o outro. Já a responsabilidade civil objetiva, não

---

<sup>5</sup> SANTOS, Isabella de Fátima Cristo Ribeiro dos. *Os princípios Constitucionais e a extensão dos limites da obrigação alimentar parental na maioria civil*. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/principio-da-paternidade-responsavel-e-sua-aplicabilidade-na-obrigacao-alimentar/>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

<sup>6</sup>BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2020.



deriva de culpa, mas sim da existência de nexos causal entre o resultado e a conduta do agente ativo, ou seja, vai ocorrer ainda que o indivíduo não tenha objetivado o resultado danoso.

Na esfera do abandono afetivo, deve-se aplicar a responsabilidade subjetiva, visto que para que o ascendente responda será necessária a comprovação da culpa genérica, que inclui o dolo e a culpa em sentido estrito ( imprudência, negligência ou imperícia) no seu dever de cuidado com seu ascendente, ou ainda, nas relações em que se questione o abandono afetivo de filhos para pais idosos.

A carta magna prevê que o filho possui o direito fundamental a convivência familiar. Logo, verifica-se que os pais possuem a obrigação de conviver com o filho, prestando-lhe assistência moral, material e afeto. Havendo omissão no cumprimento dessas funções pode estar caracterizado o abandono afetivo<sup>7</sup>.

Estudos<sup>8</sup> comprovam que crianças que tiveram durante sua infância ausência de afeto ou de convivência dos pais, podem se tornar adultos violentos em suas relações familiares. Fato que desencadearia uma progressão de históricos de genitores que praticam o abandono afetivo por já terem sofrido, durante sua infância o abandono. Alterando-se somente o agente passivo e ativo do abandono. Pois, o adulto que sofrera o abandono quando criança, encontrava-se no polo passivo, e durante o exercício de seu poder familiar, passa a estar no polo ativo, praticando o abandono em desfavor de seus descendentes.

O abandono afetivo pode ser configurado de diversas maneiras, dentre elas a recusa injustificada de convivência com o descendente, naquelas situações em que o pai, a mãe ou ambos não possuem o desejo de permanecer na companhia de seus filhos, e acabam rejeitando a criança.

Em famílias em que os pais sejam casados, também pode-se configurar o abandono afetivo, como nos casos de descaso das funções de autoridade, estando o genitor ou a genitora presente somente de maneira física, não fazendo questão de fazer parte da vida do filho, negando-lhe assistência moral e psíquica.

Destarte, verifica-se o abandono afetivo tanto na relação de filiação biológica como na socioafetiva, independentemente do vínculo jurídico mantido pelos pais. O abandono pelos pais biológicos pode ocorrer desde o nascimento do filho, inviabilizando o desenvolvimento da relação afetiva, ou durante a fase de crescimento e formação, quando já estabelecido o vínculo

<sup>7</sup> PEREIRA, Poliana Alves, *Responsabilidade Civil por abandono afetivo*. 2018. 53f. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito) – Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2018.

<sup>8</sup> COLOSSI, Patrícia Manozzo, *A ausência física e afetiva do pai na percepção dos filhos adultos*. Disponível em: < [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1679-494X2015000200008](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2015000200008) > Acesso em: 29 mai. 2020.

entre eles. Já na filiação socioafetiva, configura-se o abandono afetivo quando já existentes laços afetivos entre pais e filhos, já que são eles que estabelecem essa filiação<sup>9</sup>.

Apesar de a família contemporânea ser pautada no afeto, é importante mencionar as situações de negligência do afeto nas relações familiares acontecem principalmente em caso de separação dos pais ou em famílias monoparentais quando um dos ascendentes não pode assumir a condição fática de genitor, deixando a prole em abandono, não exercendo o dever de cuidado. A convivência dos pais não é uma faculdade, é um dever e a falta de contato entre pais e filhos ocasiona sequelas de ordem emocional podendo comprometer o sadio desenvolvimento da prole<sup>10</sup>.

Assim, conceitua-se o abandono afetivo como o inadimplemento dos deveres jurídicos paternais, impostos pela própria Constituição Federal. A análise da ocorrência do abandono afetivo não fica restrita ao campo moral do indivíduo e da sociedade, visto que o direito regula os deveres dos pais com seus descendentes, atribuindo consequências jurídicas para aqueles que não cumprirem com seus deveres paternais.

Por este motivo, hoje a jurisprudência e a legislação infraconstitucional, consideram a possibilidade de atribuir a responsabilidade civil aos genitores que não cumprem com seus deveres legais.

A comprovação do abandono afetivo necessita da demonstração da concretização do dano, que é elemento imprescindível para a configuração do dever de indenizar. É necessária a comprovação da culpa do genitor em ter se omitido da convivência com sua prole, negligenciando na cooperação ao desenvolvimento da personalidade pessoal do menor.

O abandono afetivo vai decorrer mais da ausência de observância dos deveres de ordem imaterial do que de ordem material. Pois, o ordenamento jurídico já estabeleceu normas jurídicas para inibir e punir as ausências materiais dos genitores, como a prisão para devedores de pensão alimentícia.

Neste sentido, Prado<sup>11</sup> estabelece que o dever de sustento não se relaciona com a caracterização do abandono afetivo, pois seu conteúdo é de ordem material, caracterizando a sua ausência abandono material e não afetivo. Da mesma forma, o genitor que cumpre somente com a obrigação de sustento não afasta a ocorrência do abandono afetivo, pois havendo a omissão dos demais encargos da autoridade de pai, poderá ser configurado o abandono afetivo.

---

<sup>9</sup> SANTOS, op. cit., nota 5.

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Famílias*. 11. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 164.

<sup>11</sup> PRADO, Camila Affonso. *Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores*. 238f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.





### 3. DA OBRIGATORIEDADE DE CUIDAR E NÃO DE AMAR

Muito se discute sobre a imersão do Poder Judiciário nos sentimentos das pessoas, ao decidir sobre os casos de responsabilidade por abandono afetivo. Visto que, o Poder Judiciário não pode ter o poder de influenciar e determinar a vida dos cidadãos ao ponto de obrigar que alguém ame seu filho.

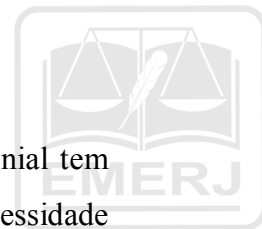
No entanto, é possível destacar que a proposta de quando o Poder Judiciário decide pela condenação em danos morais pela ausência de responsabilidade afetiva, não é no sentido de condenar o pai ou mãe a amar seu filho, e sim de orientar estas pessoas de que sua obrigação como detentor do poder familiar, é de cuidar da criança e adolescente, resguardando seu direito a vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária.

A responsabilidade de ter um filho não se limita ao dever de prestar alimentos, mas também no dever de possibilitar o desenvolvimento humano desse ser. Esse desenvolvimento humano está baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, em que o sustento da criança é apenas uma das responsabilidades geradas pela paternidade.

É evidente que a existência de vínculo afetivo entre pais e filhos é fundamental, também para que o amor seja preservado, mas mais do que isso, para que a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar seja verificada, visto que é essa ausência de vínculo que causa o trauma moral da rejeição que vai comprometer a formação da criança abandonada.

Além disso, a indenização atribuída na jurisprudência brasileira possui caráter punitivo e educativo, de forma que o afeto não pode ser valorado pecuniariamente, mas essa conduta deve servir para demonstrar que a conduta do pai ou da mãe ao negar afeto a seus descendentes, está totalmente equivocada. A referida indenização possui uma finalidade reparatória e também educativa, pois visa a conscientização do genitor de que seu ato é um mal jurídico e moral.

A indenização não possui a função de dar o amor do pai ao filho que não a recebera. Mas seria sim uma forma de minimizar a dor, ajudando a preencher a lacuna deixada pela falta desse sentimento que traz vida a vida.



A jurisprudência brasileira<sup>12</sup> tem demonstrado que o ressarcimento patrimonial tem sido a forma correta de sancionamento do infrator pelo dano moral, atribuindo a necessidade de prevenção pelo temor do desgaste patrimonial excessivo.

Historicamente, a vingança era a primeira forma encontrada para que alguém que houvesse sido ofendido reagisse contra os danos suportados. Após essa era, surge a Lei do Talião, que institui a vingança limitada, e depois encontra-se a possibilidade de reação aos atos que causem dano.

Não se pode acreditar que o indeferimento do pedido de indenização pelo abandono afetivo seja descabido quando o agente perca o poder familiar, uma vez que no âmbito do poder familiar, o objetivo da aplicação da reparação civil não é a sua função punitiva e sim a aplicação da função reparatória ou compensatória pelos danos suportados pelo filho.

Neste mesmo sentido, é descabido o argumento de que o pai ou mãe que realiza o pagamento de pensão alimentícia não deve ser condenado em ressarcir os danos suportados pelo filho que sofreu o abandono afetivo, uma vez que a o pagamento da pensão alimentícia é obrigação dos pais com os filhos, ou dos filhos com os pais, e não possui efeito punitivo e dissuasório.

Um dos primeiros julgamentos no Brasil que estabeleceu a possibilidade de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo foi proferido pelo Juiz Mario Romano Maggioni, em setembro de 2003, nos autos do processo nº 141/1030012032-0<sup>13</sup>, que permitiu que o genitor fosse condenado ao pagamento de 200 salários mínimos a título de compensação pela ausência moral e afetiva com relação a sua filha. Neste processo o réu foi revel, não tendo se manifestado nos autos, tampouco apresentado tese defensiva pelo abandono praticado.

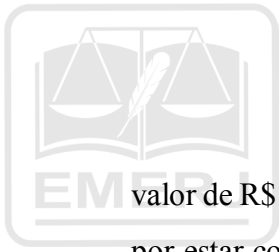
Posteriormente, neste mesmo sentido, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, que seguindo a linha de raciocínio acima, reformou a sentença proferida pela 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte -MG nos autos nº 4085505-54.2000.8.13.0000<sup>14</sup>, condenando o pai ao pagamento de indenização por danos morais no

---

<sup>12</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp nº 143008 PR 2019/0010072-4*. Relator: Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/869348857/agravo-em-recurso-especial-aresp-1430058-pr-2019-0010072-4/decisao-monocratica-869351118?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

<sup>13</sup> MACHADO, Gabriela Soares. *Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23666/analise-doutrinaria-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiacao-e-sua-reparacao/2>> Acesso em: 29 mai. 2020.

<sup>14</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 2000000408550-5/000*. Relator: Desembargador Unias Silva. Disponível em <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=8255F44FE2C3E>>



valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), além do pagamento de prestação alimentar, por estar configurado nos autos o dano a dignidade do menor, provocado pela conduta ilícita do pai que descumpriu a obrigação imposta por lei de manter convívio familiar com o filho. O magistrado considerou que a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito a convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Neste caso, o genitor, após a separação judicial do casal, embora continuasse a prestar os alimentos a seu filho de seis anos, que havia permanecido sob a guarda da mãe, o abandonou afetivamente, deixando de manter qualquer tipo de contato com o menor e não atendendo aos chamados da criança.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1159242/SP<sup>15</sup>, manteve o posicionamento de que o que define a reparação civil do dano moral decorrente do abandono afetivo na filiação é a infração do dever legal de manter a convivência familiar, aliada a infração dos deveres de guarda e educação.

Apesar das reiteradas decisões no sentido de ser possível a condenação do genitor ou da genitora por abandono afetivo, existem precedentes<sup>16</sup> que negam a condenação em danos morais pelo abandono afetivo, com o argumento de que a concessão de indenização nesses casos, pode representar excessivo alargamento do conceito de danos indenizáveis, acabando por resultar em monetarização do sentimento afetivo entre as partes. Situação que não faria com que o pai ou mãe, autor do abandono afetivo, iniciasse um novo relacionamento de amor e carinho.

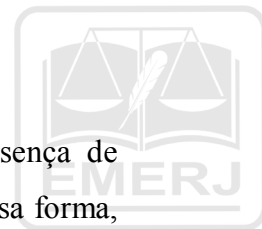
A crítica a indenização de danos morais por abandono afetivo, afirma que a compensação por danos morais, somente seria possível excepcionalmente, de forma que o reconhecimento do dano moral não representasse a monetarização dos direitos da personalidade, igualmente serve a pretensão de compensação por abandono afetivo. Não se tratando de quantificar o amor ou o afeto dispensado pelos pais aos filhos, mas de perceber a presença ou não da violação do dever de cuidar (inerente a paternidade), reconhecido pelo próprio ordenamento jurídico.

---

51813EFC6D530302DD4.juri\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 29. mai. 2020.

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1159242/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102821/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1159242-sp-2012-0107921-6-stj/inteiro-teor-25102822>>. Acesso em: 29.mai. 2020.

<sup>16</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Acórdão nº 810247*. Relator: J.J Costa Carvalho. Disponível em:<<https://pesquisajuris.tjdf.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&numeroDoDocumento=810247>>. Acesso em: 30.ago.2020.



Para a crítica, a configuração da conduta ilícita é imprescindível a presença de determinados elementos no caso concreto a caracterizar essa excepcionalidade. Dessa forma, a conduta do genitor apta a ensejar a reparação do direito de personalidade deve conter negativa insistente e deliberada de aceitar o filho, além do claro e manifesto desprezo com relação a criança. Apesar de ser reprovável o pouco contato do pai ou da mãe com a criança, se aquele não agiu com má-fé no intuito de humilhá-la ou rejeitá-la perante a sociedade, não restará demonstrado o abandono afetivo.

O efetivo receio da excessiva ampliação do conceito de danos indenizáveis não pode conduzir o magistrado a negar a condenação quando o dano esteja evidenciado.

O papel dos pais não deve estar estritamente limitado ao dever de sustento, de prover o filho com suas necessidades orgânicas. A responsabilidade dos pais, está estritamente ligada a subsistência emocional, função psicopedagógica, de educação. Não sendo, portanto, o dano suportado pelo menor mensurado pela existência ou não de dinheiro para suprir suas necessidades materiais, mas sim sobre o quanto de suas necessidades psicológicas e emocionais estão sendo supridas.

Apesar de toda a divergência jurisprudencial sobre o tema, deve-se expor que não existem meios de se obrigar os pais a amarem seus filhos, pois, o amor é um sentimento gerado internamente e pessoalmente, não havendo meios de se impor a alguém que esta deva amar outrem. No entanto, a proposta de uma condenação por abandono afetivo é de educar e orientar os pais que a ausência de afeto que cause transtornos na vida do filho, resulta em uma sanção.

Se os pais não quiserem dar amor aos filhos, ninguém poderá os obrigar a tanto, mas é imprescindível que a sociedade exerça o papel solidário de informar a esses pais que as atitudes incompatíveis com as obrigações impostas às relações familiares, sobretudo no que tange as obrigações dispensadas aos filhos, resultarão em sanções pecuniárias.

Não se trata de obrigar um pai a amar um filho, mas de responsabilizar civilmente aquele que descumpra um dever jurídico.

## CONCLUSÃO

Conclui-se que o instituto da família passou por várias mudanças na legislação brasileira. Tais mudanças acompanharam o desenvolvimento e as alterações da sociedade, até que se chegou ao modelo atual do conceito de família brasileira.



É sabido que existem várias espécies de família, sanguínea, afetiva, monoparental, e que em todas elas o ordenamento jurídico aplica os deveres e direitos inerentes a ela.

A ausência de afeto familiar entre pais e filhos gera sérias consequências na formação psíquica e social do agente passivo.

Essa ausência que pode perdurar por toda a vida, não é capaz de ser repostada pelo indivíduo que a causou, uma vez que o tempo passa e não se pode voltar atrás. Por este motivo, muitos filhos começaram a buscar no Poder Judiciário a resolução desse mal vivido, pleiteando um ressarcimento financeiro pelo tempo que passaram sem afetividade de um de seus genitores.

Doutrina e Jurisprudência começam a debater sobre a possibilidade de uma reparação pecuniária ser o instrumento correto e suficiente para amenizar ou apagar o abandono afetivo suportado pela parte.

Atualmente, registram-se inúmeros julgados que com base na imposição constitucional e legal do dever dos pais perante os filhos, deferem o pedido de condenação por responsabilidade civil por abandono afetivo pela violação das atribuições do poder parental.

Sabe-se que o Poder Judiciário não pode obrigar um pai ou uma mãe a amar seu filho, porém, por outro lado, nas hipóteses em que se vislumbre conduta comissiva de um pai ou uma mãe que desrespeite direta ou indiretamente a dignidade e a honra de seu filho, será devida uma condenação pela responsabilidade civil causada efetivamente pelo abandono do descendente.

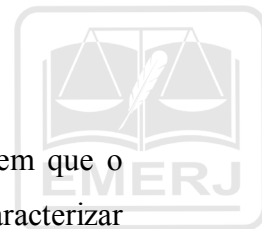
No âmbito jurídico, entende-se que o afeto é a aplicação do princípio da dignidade humana, do direito a se ter uma convivência familiar, do princípio da proteção integral de crianças e adolescentes.

Neste sentido, o abandono afetivo é passível de indenização desde que seja comprovado o dano a integridade física e moral dos filhos, assim como a conduta ofensiva e o nexo causal entre esta conduta e os danos existentes na vida do descendente.

A decisão que concede a indenização ao requerente, ora autor da ação indenizatória, não tem a finalidade de obrigar os pais a cumprirem seus deveres, nem de ser um canal de reaproximação ou reafirmação de laços que nunca existiram entre as partes, ou que até existiram mas que se perderam.

O filho que ingressa com uma ação judicial em face de um de seus genitores, não tem a pretensão de buscar o amor que nunca recebera de seu genitor, mas sim a indenização pelo abandono que suportou e pelos danos que sofreu decorrentes desse abandono.

Importante destacar que o abandono não estará caracterizado apenas nos casos em que o pai ou a mãe não conviva mais com o filho. Na verdade, não é porque um dos pais não convive



presencialmente com o filho que estará configurado o abandono. Existem casos em que o genitor reside na mesma casa que a criança ou adolescente, e ainda assim se pode caracterizar o abandono, quando o mesmo não dispensa a atenção e cuidados necessários para com seu descendente.

Em suma, os filhos não podem sofrer penalizações pela conduta irresponsável de seus genitores, sendo tais indenizações um verdadeiro modo de demonstrar aos demais pais a necessidade de se construir uma paternidade responsável.

Nesse viés, o planejamento familiar e a paternidade responsável precisam ser compreendidos e aplicados pelas famílias brasileiras, para que infância sadia de crianças e o futuro promissor desses que um dia se tornarão adultos, não sejam negligenciados por aqueles que não querem exercer uma paternidade responsável.

Certamente, a efetiva conscientização do verdadeiro papel dos genitores na formação e no desenvolvimento de crianças e adolescentes, permitirá que essas crianças e adolescente quando se tornarem adultos, consigam efetivamente construir uma vida pautada uma vida pautada em um ambiente seguro e equilibrado, o que possibilitará um futuro com perspectivas positivas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 2000000408550-5/000*. Relator: Desembargador Unias Silva. Disponível em <[https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.4085505%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.4085505%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 29. mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1159242/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102821/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1159242-sp-2012-0107921-6-stj/inteiro-teor-25102822>>. Acesso em: 29.mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Acórdão nº 810247*. Relator: J.J Costa Carvalho. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletro nico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&numeroDoDocumento=810247>>. Acesso em: 30.ago.2020.



DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Famílias*. 11. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de (coord). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp nº 143008 PR 2019/0010072-4*. Relator: Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/869348857/agravo-em-recurso-especial-aresp-1430058-pr-2019-0010072-4/decisao-monocratica-869351118?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

MACHADO, Gabriela Soares. *Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23666/analise-doutrinaria-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiacao-e-sua-reparacao/2>> Acesso em: 29 mai. 2020.

PEREIRA, Poliana Alves, *Responsabilidade Civil por abandono afetivo*. 2018. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito) – Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2018.

PRADO, Camila Affonso. *Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SANTOS, Isabella de Fátima Cristo Ribeiro dos. *Os princípios Constitucionais e a extensão dos limites da obrigação alimentar parental na maioridade civil*. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/principio-da-paternidade-responsavel-e-sua-aplicabilidade-na-obrigacao-alimentar/>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. In: *Temas de Direito Civil*, 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

## SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES E A LIBERDADE DECISÓRIA: POSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Thaís Capecchi Valadão

Graduada pela Universidade Cândido Mendes - Campus Niterói- RJ. Advogada.

**Resumo** - a presente pesquisa tem como ponto nodal a análise da compatibilidade entre os precedentes vinculantes obrigatórios e a liberdade decisória conferida aos julgadores no Direito brasileiro. Demonstra a aproximação entre os principais sistemas jurídicos ocidentais e a necessidade de adaptação cultural frente ao fenômeno da globalização. Destaca, também a importância dos conceitos dessas liberdades e a relevância de elucidar qual seu real significado e suas consequências. Em seguida faz uma análise acerca da possibilidade de coexistência entre os institutos tratados, sob a ótica da hermenêutica, pontuando os limites do juiz criativo.

**Palavras-chave** - Direito Processual Civil. Precedentes Vinculantes. Liberdade decisória. *Civil Law*. Hermenêutica.

**Sumário** – Introdução. 1. *Common law e Civil* – o fenômeno da globalização e a matriz híbrida do ordenamento jurídico brasileiro. 2. Aplicação dos precedentes vinculante e a liberdade decisória. 3. A compatibilidade do respeito aos precedentes e da liberdade decisória - o papel interpretativo do juiz. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O intuito deste estudo é discutir acerca da liberdade para decidir do magistrado, frente a necessidade de respeito aos precedentes formalmente vinculantes, instituto adotado com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Há tempos o ordenamento jurídico brasileiro vivencia o fortalecimento da utilização de decisões pretéritas, proferidas pelos tribunais superiores, nas fundamentações das decisões de primeiro grau de jurisdição. O que antes era apenas uma tendência, passa a ser fonte primária do Direito.

O legislador ao adotar o sistema de precedentes obrigatórios, pretende solucionar algumas questões enraizadas no ordenamento jurídico, como as demandas repetitivas, a insegurança jurídica, a preocupação em manter a uniformidade das decisões e de assegurar garantias constitucionais, mantendo a coerência da ordem jurídica.

Ainda que a adoção do sistema de precedentes vinculantes, seja legítima e tenha a concordância da maior parte da doutrina, o tema merece atenção, uma vez que sua aplicação mitiga a autonomia dos magistrados.





Uma vez vinculados aos entendimentos já consolidados por Tribunal Superior, a obrigatoriedade de respeito aos precedentes, constitui um óbice a inovação proposta pelo direito nacional, porquanto esbarra na independência dos juízes, prerrogativa que lhes é conferida constitucionalmente. É frente a esse impasse que a presente pesquisa se desenvolve.

A pesquisa busca compreender até que ponto a obrigatoriedade na aplicação dos precedentes formalmente vinculantes caracteriza a uma violação ao princípio do livre convencimento motivado e ao poder discricionário do julgador.

É indispensável ressaltar que a inovação a que o presente tema se refere, é um dos temas de destaque do novo Código de Processo Civil, e gira em torno da possibilidade de coexistência dos institutos, aparentemente antagônicos.

O primeiro capítulo se inicia com a demonstração do fenômeno da convergência entre as maiores tradições jurídicas do ocidente – *civil law e common law* e formação híbrida do ordenamento jurídico brasileiro, tendo como pano de fundo a forma como ambas desenvolveram a aplicação e a valoração dos precedentes judiciais, ao longo do tempo.

O segundo capítulo segue apresentando o aparente paradoxo entre a liberdade decisória do magistrado e a necessidade de respeito aos precedentes, ponderando acerca dos limites da interpretação da norma pelo julgador dentro do modelo romano-germânico, e da nova dimensão da interpretação jurídica.

No último capítulo, analisa-se a relação de dependência entre a interpretação feita pelo julgador e a norma positivada e a divisão de trabalho entre o legislador e os juízes na atividade de interpretação operativa, buscando demonstrar a possibilidade de coexistência dos institutos tratados, no ordenamento jurídico brasileiro.

No que tange a metodologia da pesquisa, esta será desenvolvida pelo método dialético de abordagem, realizando uma análise que traga uma contribuição consistente à evolução dos estudos acerca do tema.

Para tal, utilizará de textos normativos e da abordagem sob a ótica do direito comparado, além de pesquisas bibliográficas para, a partir de textos já publicados sobre o tema, analisar a viabilidade de aplicação da norma recém-inserida no ordenamento jurídico brasileiro.

## 1. *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* – O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E A MATRIZ HÍBRIDA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Existe hoje uma multiplicidade de direitos no mundo, todos dotados de uma grande variedade de regras e peculiaridades, além de técnicas para formular normas e métodos diversos para interpretá-las.

Apesar da influência que uns exercem sobre os outros, a valorização das semelhanças e das diferenças existentes, determina o seu agrupamento em famílias.

Sob a ótica do direito comparado, tradicionalmente, são consideradas como principais tradições jurídicas do ocidente a *commun law* - tradição anglo-saxônica, que surge no século XII, tendo como pano de fundo o fim da Idade Média na Europa Ocidental, e a *civil law* – tradição romano-germânica, que se passa a se desenvolver no início do século XIII na Europa Continental.

É imprescindível para o desenvolvimento da pesquisa, compreender as distinções e o movimento de aproximação dessas tradições jurídicas.

Como amplamente conhecido pela comunidade jurídica, consideram-se antagônicas as principais características das tradições jurídicas em comento. A título comparativo, denota-se que o Direito anglo-saxão não tem como principal fonte o direito legislado. Formado pela análise caso a caso e pautado no respeito aos precedentes, trata-se de um direito jurisprudencial em sua concepção.

Como bem pontua René David<sup>1</sup>, é um direito guiado pelos costumes locais, sendo essa a principal característica que o difere da tradição romano germânica - *civil law*, que por sua vez teve sua formação com base no direito romano e suas regras de Direito concebidas estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral.

A base da *civil law*, consiste em regular as relações entre os cidadãos e formular um conjunto de regras de conduta para o futuro. Portanto, o oposto da tradição *common law*, que tem como função precípua dirimir casos peculiares, objetivando diretamente o imediato reestabelecimento da ordem perturbada. Outrossim, é um equívoco acreditar que a distinção central entre as referidas tradições jurídicas, reside na definição – direito não escrito *versus* direito escrito. Segundo Luiz Guilherme Marinoni<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup>DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23

<sup>2</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 47-48.

[...] a codificação, por si só, não pode explicar a distinção entre o *common law* e o *civil law*. Não se pense que o *civil law* é caracterizado pelos códigos pela tentativa de completude da legislação enquanto o *common law* tem uma característica exatamente contrária. O *common law* também tem uma intensa produção legislativa e vários Códigos. O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exercia ao considera-los.

Não se insere nas pretensões desse trabalho esgotar, todas as características de ambos os sistemas jurídicos tratados apenas trazer as distinções pertinentes.

O que deve ficar compreendido, por ora, é que, conforme leciona Thomas da Rosa Bustamante<sup>3</sup> “O ponto mais importante para estabelecer a diferença entre os sistemas continentais e o *common law*, não é a denominada doutrina do efeito vinculante dos precedentes judiciais”, mas sim a atitude de ambos frente ao precedente - a forma como se entende e de aplicá-los

Embora distintas em sua essência, durante o desenvolvimento de ambas as tradições pontuadas acima, surgiu a necessidade de adaptação dos sistemas à realidade social. com o contato que os países tanto da *civil law* quanto da *common law*, tiveram ao longo dos séculos, os métodos utilizados por ambas as tradições tendem a se aproximar, sobretudo pela ideia comum de justiça.

Conforme esclarece David<sup>4</sup>, o fenômeno da convergência das tradições jurídicas ocidentais, são notórias. O mundo atual, não permite o isolamento de qualquer sistema, seja ele econômico, político ou jurídico. Com o processo de globalização tornou-se de extrema importância a conexão das relações e a preocupação em estabelecer maneiras e adaptações a fim de anteder as demandas impostas pelo mundo contemporâneo.

Consoante as lições de Marinoni,<sup>5</sup> a *common law* costuma ser encarada pelos países de *civil law*, como um sistema jurídico distinto e complexo, essa visão equivocada traz concepções mal fundadas sobre o papel do juiz e acerca dos limites da jurisdição. Fala-se de um juiz que cria o direito e de um legislativo que não ocupa o seu espaço, como se a jurisdição deste sistema pudesse, sem qualquer constrangimento, invadir a esfera do poder legislativo.

Ocorre que a *civil law* ao longo da história sofreu inúmeras modificações em sua essência, tendo o pós-positivismo indiscutivelmente aproximando os sistemas jurídicos.

<sup>3</sup>BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER, JR, Fredie [et al] *Precedentes/* coordenadores, coleção grandes temas do novo CPC, V.3; Juspodvim.2016, p. 289.

<sup>4</sup>DAVID, op. cit.

<sup>5</sup>MARINONI apud LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. *Revista Eletrônica Temas atuais de processo civil*, v. 1, n. 6, 2011.

Esclarece Lorena Miranda Santos<sup>6</sup> Barreiros, no que tange, à metodologia, às perspectivas, às fontes de direito, à estrutura e ao procedimento, é inegável que as citadas distinções vêm sendo paulatinamente mitigadas com a crescente aproximação e recíproca influência entre ambas.

Os precedentes funcionam como uma das principais fontes do juízo para decidir, independentemente de seu grau de vinculação. Mesmo em ordenamentos jurídicos em que a obrigatoriedade de aplica-los, existe a prática de seguir os precedentes. Nesse sentido, Bustamante<sup>7</sup>: “Ainda que não exista uma regra de direito positivo estabelecendo o dever de observar precedentes judiciais, haverá ao menos uma regra moral fortemente internalizada pelos aplicadores do direito positivo recomendando a atenção ao precedente judicial.”, o referido autor entende que aplicar decisões do passado para resolver problemas atuais ou futuros é elemento precípua da racionalidade humana.

Não parece correto, afirmar categoricamente que o Brasil é um país cujo Direito se estrutura apenas com base na escola romano-germânica. Mesmo antes da criação e promulgação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil, e da introdução dos precedentes vinculantes, decisões pretéritas eram usadas para fundamentar decisões judiciais no sistema jurídico brasileiro.

De acordo com os ensinamentos de Fredie Diddier Jr<sup>8</sup>, existe uma característica muito peculiar do sistema jurídico brasileiro. Observa o autor, a existência de um direito constitucional inspirado nas ideias do *common law* norte-americano, e um direito infraconstitucional inspirado na família romano-germânica. Afinal traz para seu ordenamento jurídico institutos como o controle de constitucionalidade difuso, e concentrado, inspirados no *common law* estadunidense, em contrapartida, possui inúmeras codificações legislativas, construiu gradativamente um sistema de valorização dos precedentes judiciais, até torná-los fonte primária do Direito

---

<sup>6</sup>BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER, op. cit., p. 183-211.

<sup>7</sup>BUSTAMANTE, op. cit., p. 276.

<sup>8</sup>DIDIER, Fredie Jr. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 18, n. 36, 2015, p. 114-132.



## 2. APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES E A LIBERDADE DECISÓRIA

A ideia de pluralidade nas das decisões judiciais em casos semelhantes a inconstância da jurisprudência, são perniciosas não só para o Estado de Direito, mas também, para os jurisdicionados. Trazem para a sociedade o descrédito na justiça, bem como a insegurança jurídica.

A necessidade de manter a uniformidade das decisões, segurança jurídica, solucionar os problemas decorrentes das demandas repetitivas, assim como assegurar as garantias constitucionais, como o devido processo legal, a isonomia e a efetividade da tutela jurisdicional, levou os legisladores a incorporarem um sistema de precedentes vinculantes inspirado no *common law*, que segundo Bruno Garcia Redondo<sup>9</sup>, busca a estabilidade e a racionalidade decisória.

Em que pese o instituto adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ser inspirado na *common law*, a maioria da Doutrina reconhece que o ordenamento jurídico nacional é construído segundo as diretrizes da escola romano-germânica – o *civil law*. De outro vértice, é inegável, a influência, cada vez maior, exercida pelo *common law*.

Entretanto, as práticas e o *modus operandi*, do *civil law*, encontram-se enraizadas no imaginário e no dia-a-dia dos operadores do direito.

Marinoni<sup>10</sup>, destaca a ideia do individualismo do juiz do *civil law*, nas palavras do referido autor, “embora as decisões no sistema variem constantemente de sinal trocando de sentido ao sabor do vento, isso deve ser visto como uma patologia ou um equívoco que, lamentavelmente, arraigou-se em nossa cultura jurídica.”

Portanto, a compreensão de que o juiz, de forma individualizada pode decidir de acordo com sua convicção, passando sobre o próprio sistema do qual faz parte, é equivocada e deve ser melhor observada.

O escopo deste capítulo é elucidar o conceito de independência do poder judiciário e da liberdade decisória. Importante esclarecer que esses, são conceitos que estão interligados.

Conforme pontua José Reinaldo de Lima Lopes<sup>11</sup> a relação entre o Poder Judiciário os demais poderes da República, foi completamente alterada, no que se refere ao papel, que aquele exercia.

---

<sup>9</sup>REDONDO, Bruno Garcia. *Precedente judicial no direito processual civil brasileiro*: Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2014, p. 167-188.

<sup>10</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016, p. 54 - 55.

<sup>11</sup>LOPES apud ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: Teoria dos precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 42.



A partir da República, o Poder Judiciário, passou a ser considerado um poder soberano e independente. De poder subordinado ao Imperador, ganhou status de árbitro do sistema de freios e contrapesos no Brasil república, com a função precípua de manter o equilíbrio, a regularidade e sua independência.

Cabe destacar, que por independência do poder judiciário, entende-se tanto a liberdade institucional, como a liberdade de seus membros. Ressalta-se, que esta pesquisa não tem por objetivo se aprofundar em todas as classificações, apenas clarificar os conceitos, para melhor compreensão do tema tratado.

Nesse sentido, esclarece Eugênio Facchini Neto<sup>12</sup>, “a independência da magistratura não seja um privilégio concedido ao juiz, mas sim o resultado de um conjunto de medidas que procuram garantir ao cidadão um processo justo e um magistrado imparcial.”. Portanto a independência do juiz não pode se um fim em si mesmo.

O aludido autor, aborda o tema dividindo a independência do magistrado em externa, interna e psicológica. Segundo seus critérios, independência externa está ligada ao papel desempenhado pelos juizes, papel esse, protegido de pressões advindas de outros poderes, sejam políticos ou econômicos. O conceito trazido pelo autor, já foi considerado a única forma de independência inerente aos magistrados.

Acerca da independência funcional do juiz, afirma Nelson Nery Júnior<sup>13</sup>, ser esta o corolário do princípio do juiz natural e tem a função de manter o julgador, submetido exclusivamente a lei e não a critérios particulares, além de mantê-lo livre de interferências de instituições de outros Poderes.

De outro prisma, há o conceito de independência interna, que consiste na possibilidade de o juiz singular decidir livremente, sem se submeter ao poder de controle de seus superiores hierárquicos –importante frisar que aqui não se trata do controle jurisdicional exercido por meio das vias recursais.

Por fim, a terceira noção de independência, que Facchini<sup>14</sup> chama de independência psicológica. Esta acepção de independência consiste na possibilidade de garantida ao magistrado de desenvolver opiniões, livres das pressões externas, imunes às pressões culturais, e ideológicas de uma sociedade. Como questiona Nalini<sup>15</sup>:

<sup>12</sup>FACCHINI NETO, Eugênio. O Poder Judiciário e sua independência. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 3, n. 8, 30 set. 2009, p. 121-149.

<sup>13</sup>NERY JUNIOR, Nelson. *Poder do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.149.

<sup>14</sup>Ibid.

<sup>15</sup>NALINI, apud FACCHINI NETO, op. cit.



Se o julgamento é ato de vontade, se o juiz primeiro se convence e depois vai procurar argumento para justificar sua convicção, se tem poderes para conferir novos contornos aos ditames da lei, qual a garantia de que não se deixará levar por ideologias, interesses, preconceitos, idiosincrasias ou qualquer outra manifestação de subjetivismo?

O magistrado tem o dever de manter a racionalidade de suas decisões e consequentemente a coerência da ordem jurídica. Conforme já bordado, o juiz e o tribunal, decidem para o jurisdicionado e não para si. Marinoni<sup>16</sup>, firmemente esclarece de forma contundente:

[...] pouco deve importar se o juiz tem posição pessoal, acerca de questão de direito, que difere das Cortes Superiores. (...) É preciso colocar um ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com as Cortes Superiores. O juiz além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão.

No direito brasileiro, firmada a cultura precedentalista no ordenamento jurídico, há a natural incidência destes nos tribunais e juízes monocráticos. Segundo Marinoni<sup>17</sup>, trata-se da eficácia vertical dos precedentes, além da vinculação da própria Corte aos seus precedentes – eficácia horizontal.

Além do exposto no parágrafo anterior, é inegável, que nenhum juiz estará obrigado a julgar casos distintos aplicando precedentes anteriormente fixados. Para dirimir essas questões aplicam-se as técnicas de distinção do caso em análise para julgamento – *distinguished*<sup>18</sup>, o que afasta qualquer tese de que a obrigatoriedade de seguir os precedentes vinculantes engessam as decisões judiciais.

Estão inseridas na ideia de independência judicial, a liberdade de julgar conforme o direito, livre convencimento motivado – atinente à valoração probatória - e a discricionariedade dos atos praticados pelo juízo.

Sobre o tema deve-se observar a ideia trazida por Hermes Zaneti Jr<sup>19</sup>. Segundo o autor, as ideias e a “doutrina do livre convencimento” foi expurgada do CPC de 2015:

[...] a doutrina da jurisprudência afirma a liberdade de interpretar do juiz, escolhendo a “melhor” razão para fundamentar a decisão “justa”. Por tanto, a doutrina da jurisprudência e a doutrina do livre convencimento, expurgada do CPC/ 2015 (art.371), guardam uma íntima relação. Essa concepção do Direito como fonte natural de justiça foi superada, na tradição *civil law*, pela doutrina da legalidade, mas não no Brasil. (...) Marcada pelo personalismo e pela predominância do senso individual, a doutrina da

<sup>16</sup>Ibid.

<sup>17</sup>MARINONI, op. cit., p. 96.

<sup>18</sup>*Distinguishing*, no sistema jurídico do *common law*, consiste na técnica de distinção, usada pelos juízes com a finalidade de aplicar corretamente a *ratio decidendi* – núcleo vinculante da decisão. Importante ressaltar, que não se trata de uma técnica de superação do precedente, mas da análise das peculiaridades fáticas e jurídicas entre o caso sob julgamento e o *leading case* – caso paradigma. Ibid., p. 238.

<sup>19</sup>ZANETI JUNIOR, Hermes. Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. In: op. cit., 2016, p. 416.

jurisprudência acaba por permitir, inconstitucionalmente, que os tribunais e não o legislador, determinem as boas razões para as tomadas de decisão caso a caso, determinando um modelo de justiça casuística.

Encerra o autor citado esclarecendo que por esse motivo, a implantação de um sistema de precedentes vinculantes obrigatórios, reforça os limites da discricionariedade dos julgadores, os mantendo vinculados às suas próprias decisões, fazendo com que as decisões sejam preferidas de forma racional.

Observa-se, conforme explicado anteriormente, que a ideia arraigada na mentalidade dos operadores do direito, consiste em um conceito equivocada e ultrapassado.

Muitos juristas favoráveis a percepção de que o juiz deve ser livre para julgar, valorar a prova ou escolher entre vários caminhos jurídicos, segundo um juízo discricionário, são reticentes a implementação de um sistema de precedentes no direito brasileiro. Para eles, a obrigatoriedade em aplicar os precedentes formados em casos pretéritos, feriria diretamente a independência funcional – independência interna, decisória dos juízes, ou o livre convencimento motivado.

Em contrapartida, os defensores do sistema de precedentes obrigatórios, aduzem que esses não afrontam a independência judicial. Nesse sentido Teresa Arruda Alvim<sup>20</sup> esclarece que ao decidir, o julgador deve fazê-lo à luz do *ethos* dominante, e não de suas convicções, sejam elas, políticas ou religiosas. Pontua, pertinentemente que a liberdade que os sistemas da *civil law* proporcionam destinam-se ao judiciário e não individualmente a cada juiz, cabendo a ele interpretar a lei criada pelo Poder Legislativo.

### 3.A COMPATIBILIDADE DO RESPEITO AOS PRECEDENTES E DA LIBERDADE DECISÓRIA – O PAPEL INTERPRETATIVO DO JUIZ

Após esgotar as definições de liberdade decisória e liberdade judiciária, pode-se concluir, frente às informações trazidas no segundo capítulo, que a quase romântica ideia de liberdade do juiz para decidir conforme suas convicções pessoais é um grave equívoco arraigado no imaginário dos juristas brasileiros.

As lições do *common law* ajudam a esclarecer e melhor compreender, nas palavras de Lênio Streck e Georges Abboud<sup>21</sup>, o “sistema de vinculação jurisprudencial”. A aplicação dos

<sup>20</sup>WAMBIER, Teresa Arruda. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente In: *Ibid.*, p. 274.

<sup>21</sup>STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando? In: *Ibid.*, p. 176.





precedentes pelas demais instâncias, não dispensa a atividade interpretativa por parte do julgador além de, manter o contraditório, assegurando as manifestações das partes acerca da aplicação correta do provimento vinculante.

Em outras palavras, a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem os precedentes vinculantes, e aqui inclui-se súmulas e jurisprudência, não é uma proibição de interpretar. Nas lições de Streck<sup>22</sup>:

Quem pensa isso parece estar ainda com os pés – ou a cabeça – na jurisprudência analítica do século XIX, modalidade de positivismo da common law equiparável ao positivismo exegetico francês e ao pandectismo alemão.<sup>23</sup> O que fica explícito é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem provimentos vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência.

Uma das maiores críticas ao sistema de precedentalista é possibilidade de uma aplicação mecânica dos precedentes formalmente vinculantes, que levaria a uma verticalização rígida do judiciário, mitigando a aludida liberdade decisória, o que de acordo com parte da Doutrina não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, importar conceitos teóricos e técnicas de um ordenamento jurídico diverso, parece impossível legislativamente, tendo em vista este ser fruto de uma evolução histórica. É nesse contexto que Streck<sup>24</sup> defende a necessidade da compreensão hermenêutica com características pós-positivistas, para que a aplicação dos precedentes vinculantes elencados no artigo 927 do CPC/2015, sejam aplicados de forma íntegra e coerente com as diretrizes constitucionais. O objetivo é evitar que os provimentos vinculantes contêm soluções prontas, aplicadas de forma mecânica em casos futuros, sem que haja interpretação de seu conteúdo.

Em linha similar Hugo Chacra Carvalho e Marinho<sup>25</sup>, afirma que é natural e até salutar, que existam várias interpretações para um mesmo texto legal, entretanto, sendo esses interpretados contemporaneamente de forma contraditória e aplicados a casos semelhantes, atinge-se frontalmente a ideia de justiça, bem como a segurança jurídica.

---

<sup>22</sup>Ibid., p. 176.

<sup>23</sup>Segundo Hermes Zaneti Jr., a melhor doutrina internacional, apresenta algumas ideologias distintas em relação à força vinculante do precedente. O modelo francês afirma que aos juízes franceses é permitido o exercício da função judicial, mas não o do poder judicial, pois lei promulgada pelo parlamento é a única expressão da vontade geral. Também pautado no sistema *civil law*, o modelo alemão é considerado um sistema flutuante entre decisões superáveis por razões concorrentes e decisões vinculantes quanto às razões, por exemplo, nas decisões do Tribunal Constitucional. ZANETI JUNIOR, op. cit., p. 357-362.

<sup>24</sup>STRECK, op. cit., In: DIDIER JR, op. cit., p. 176.

<sup>25</sup>MARINHO, Hugo Chacra Carvalho, A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: Ibid., p. 175.

Conforme já observado, o Direito brasileiro, mesmo antes da promulgação do Código de Processo Civil de 2015 já apresentava alguns indícios de aproximação do sistema de precedentes - a súmula vinculante é um exemplo claro.

Acerca do tema, Hermes Zanetti Jr.<sup>26</sup> esclarece, “tínhamos uma ideologia que, do ponto de vista cultural e normativo, compreendia os precedentes como instrumentos fracos de persuasão e não como normas vinculantes do nosso sistema.”

A ideologia do CPC/2015, é voltada para a vinculatividade formal das decisões listadas em seu artigo 927. Importante destacar que essas decisões devem ser proferidas racionalmente, de forma coerente e íntegra – exigências trazidas pelo artigo 926 do mesmo código.

Indispensável compreender que em qualquer dos sistemas jurídicos tratados no presente trabalho, não existe ou não deve existir, aplicação automática ou subsuntiva na solução de casos concretos mediante a utilização do precedente.

Nas palavras de Streck e Abboud<sup>27</sup>, “não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros.”. Portanto, nunca será dispensável a interpretação na aplicação dos precedentes, o que distancia cada vez mais a ideia de mitigação ou de afronta às liberdades conferidas aos julgadores dentro dos limites estabelecidos, tratados no capítulo anterior.

Fica a lição trazida pelo referido autor, a aplicação dos precedentes vinculantes é um ato hermenêutico e não mecânico. Para que os precedentes do CPC/2015, não petrifiquem o sistema jurídico, devem observar a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e fundamentação que o embasam, dinamizando assim o sistema, tornando o precedente o ponto de partida para o debate do caso concreto e o embasamento para sua solução. Nessa linha, Streck<sup>28</sup>:

[...] o juiz não deve aceitar cegamente o resultado alcançado pelo provimento vinculante anterior. Essa lição, precisamos sempre ressaltar, é necessária para assegurar o respeito aos provimentos do CPC não configura a submissão mecânica e cega ao que foi decidido pelos tribunais superiores.

Outra questão levantada por parte da doutrina é sobre o papel do juiz diante da omissão do poder legislativo – quando o juiz pode ser criativo?

Para elucidar a questão, é necessário abordar a ideia do magistrado como legislador – *Judge make law*. Zanetti Jr.<sup>29</sup>, enfatiza que texto e norma não se confundem e que é fundamental

---

<sup>26</sup>ZANETTI JR., op. cit., p. 357

<sup>27</sup>STRECK; ABOUD, op. cit., In: DIDIER JR, op. cit., p. 178.

<sup>28</sup>Ibid., p.179

<sup>29</sup>ZANETTI JR, ZANETTI JR, op. cit., p. 170.



o trabalho do intérprete para extrair o significado da norma, em outras palavras, textos não se confundem com normas pois todo texto depende de interpretação e a norma é o resultado do texto interpretado. É nesse momento que surge a sensação, de que em tais circunstâncias, o juiz necessariamente criaria o direito, logo, uma vez vinculante a decisão criada, o juiz atuaria como legislador.

O papel do juiz não é passível de comparação com o trabalho do legislador, ocorre que em determinadas matérias a norma pode ser mais abrangente ou mais precisa – trata-se de uma questão de técnica legislativa. Ao legislador cabe criar a lei e ao juiz cabe interpretá-las, reconstruí-las.

Marinoni<sup>30</sup> ilustra a noção de uma nova teoria da interpretação, onde o intérprete não mais está preso a uma norma preexistente – conceito clássico atribuído ao juiz do *civil law*. Demonstra que com a evolução desta teoria, é função precípua do intérprete reconstruir a norma a partir dos elementos textuais e extratextuais das ordens jurídicas. *In verbis*:

A evolução da teoria da interpretação coloca na mão das Supremas Cortes a função de atribuir sentido ao direito ( ou definir a interpretação adequada do texto legal), evidenciando a necessidade de a decisão da corte ser legitimada por uma argumentação racional.(...) a decisão deixa de se situar no local de “sentido exato da lei” e passa a ocupar o lugar da justificativa das opções interpretativas, ou seja da racionalidade da interpretação. O direito, então, é interpretação e prática argumentativa e, assim a decisão ganha autonomia em relação a lei.

A atividade reconstrutiva, assim chamada pelos autores citados acima, ocorrerá através da interpretação operativa, entendida por Hermes Zaneti<sup>31</sup> como aquela cuja a interpretação acrescenta conteúdo reconstituído ao ordenamento jurídico. Na mesma esteira, alerta Luigi Ferrajoli<sup>32</sup>: “Só ocorre interpretação operativa se atividade identifica um caráter dúbio no sentido da interpretação. Não são, portanto, quaisquer decisões que formarão os precedentes, precedentes são apenas as decisões que crescem conteúdo ao ordenamento jurídico.”

No caso da interpretação operativa, a função interpretativa dos julgadores – juízes e tribunais, não é independente da função do Legisladores, nem das normas constitucionais trazidas na forma de limites e vínculos para decisão. Conforme ensina Zanetti<sup>33</sup>, ao proferirem uma decisão que reconstrua o ordenamento jurídico, juízes e tribunais passam necessariamente pelos princípios democráticos, tradição jurídica e pela premissa racional de universalização, que vinculará os demais julgadores em momentos vindouros.

<sup>30</sup>MARINONI, op. cit., p. 77.

<sup>31</sup>ZANETI JR., op. cit., In: DIDIER JR, op. cit., p. 142.

<sup>32</sup>ZAFARONI apud ZANETI JR, op. cit., 2016, p. 421-423.

<sup>33</sup>Ibid.



Inegável, diante de todo o exposto, que os precedentes não retiram a liberdade interpretativa dos juízes, por consequência a liberdade decisória – em seu real sentido.

Os precedentes não estão subordinados à letra fria da lei, entretanto, o princípio da legalidade é um limite à sua aplicação. Fica claro então, o papel dos juízes e tribunais de reconstruir, quando necessário, o ordenamento jurídico, a partir do direito posto e da Constituição, interpretando e aplicando o direito. De acordo com Zaneti,<sup>34</sup> “Quando há aplicação direta de lei ou precedente, sem necessidade da interpretação operativa, não há que se falar em força normativa dos precedentes, mas da força vinculante da própria lei ou precedente.”

Por fim, com base nos ensinamentos de Wambier<sup>35</sup> é o ambiente decisional que trará aos julgadores, a percepção das nuances do caso concreto, que poderá lhe conferir certa margem de liberdade; e se o juiz pode legitimamente levar em conta nas suas decisões alterações sociais que autorizam a divergir suavemente, nunca bruscamente do que até então estava estabelecido.

Segundo a autora é em ambientes decisoriais frouxos<sup>36</sup>, onde o juiz predominantemente exercerá sua liberdade criativa, nos limites legais, podendo alterar o direito. Em seu entendimento, esse é o primeiro passo para a evolução e adaptação do direito – transformação das regras de direito material.

A segurança jurídica, nas palavras de Marinoni<sup>37</sup>, romanticamente desejadas na tradição *civil law* pela estrita aplicação da lei, não poderá mais rejeitar o sistema de precedentes, há muito estabelecido pela *common law*, onde a possibilidade de decisões diferentes para casos semelhantes nunca foi ignorada e, por isso, tem como seu princípio basilar o tratamento equânime entre os casos iguais. Evitar-se-á assim, a incoerência da ordem jurídica, a desigualdade de decisões, a insegurança e a falta de efetividade na distribuição de justiça. Atenuando, o caos e a falta de senso comum.

## CONCLUSÃO

A partir do discorrido no presente artigo, pôde-se constatar o movimento de convergência das principais tradições jurídicas ocidentais – *common law e civil law*.

---

<sup>34</sup>Ibid.

<sup>35</sup>WAMBIER, op. cit., p. 265.

<sup>36</sup>Conceito utilizado pela autora para definir lacunas existentes no direito, seja pela ausência interpretações em normas abertas, ou ausência de posicionamentos firmados pelos Tribunais Superiores acerca de determinado tema, que concede certa dose de liberdade decisional para o magistrado.

<sup>37</sup>MARINONI, MARINONI, op. cit., p. 13.



O sistema jurídico brasileiro, ao logo de sua construção, recepcionou diversos institutos estrangeiros, principalmente os da tradição jurídica *common law*, mesmo tendo sua base pautada nos princípios da escola romano-germânica, e sendo classicamente considerado um país de ordenamento jurídico do *civil law*, conforme demonstrado no corpo deste artigo. A ideia de hibridismo do ordenamento jurídico brasileiro trazido pelo direito Processual Civil contemporâneo, reforça a possibilidade de adaptar institutos importados de diferentes ordenamentos.

A introdução do sistema de precedentes judiciais obrigatórios, que passou a ter caráter vinculante, causou diversas controvérsias na comunidade jurídica.

Frente as reflexões apresentadas no decorrer da pesquisa, foi possível perceber que a aparente incompatibilidade do sistema de precedentes e a possibilidade de mitigação da liberdade decisória conferida aos julgadores do *civil law*, são as principais questões levantadas pelos juristas. Entretanto, através da análise dos diferentes tipos de liberdade, direcionadas aos juízes e judiciário como um todo, e da demonstração de suas reais definições, ficou constatada compatibilidade dos precedentes vinculantes, com o sistema jurídico adotado pelo Brasil.

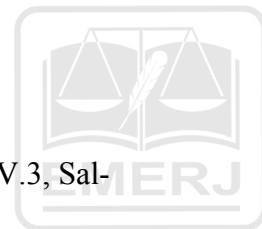
Na prática, é necessário compreender a hermenêutica como ferramenta essencial para evitar a verticalização do judiciário e a aplicação puramente semântica dos precedentes, preservando a coerência, integridade e razoabilidade das decisões judiciais.

Por fim, esta pesquisa pretendeu sustentar através da definição de interpretação operativa, que o intérprete apenas acrescenta conteúdo reconstruído ao ordenamento jurídico – em ambientes frouxos. Posto isso, não cria novo direito e não tem autorização legal ou principiológica para decidir conforme sua consciência. O presente trabalho destacou também, que o ato de interpretar não é independente da função do legislador e não fere os limites das decisões judiciais, bem como qualquer norma prevista na Constituição, incluindo os direitos fundamentais.

O entendimento acerca da compatibilidade e a possibilidade de coexistência entre os institutos estudados, vem sido construído linearmente, qual seja, a aplicação correta dos precedentes, depende de uma mudança de paradigma, no que se refere a ideia de liberdade decisória arraigada no imaginário dos operadores do Direito no Brasil e que, portanto, não há afronta a qualquer diretriz constitucional, ou incompatibilidade com ordenamento jurídico pátrio.

## REFERÊNCIAS

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER,



JR, Fredie. [et al] *Precedentes/ coordenadores, coleção grandes temas do novo CPC, V.3*, Salvador: Juspodvim, 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507525>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo *CPC*. In: DIDIER, JR, Fredie. [et al] *Precedentes, coordenadores, coleção grandes temas do novo CPC. V.3*. Salvador: Juspodvim, 2016.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e Brasil. V. 7*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. ed.4. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. V. 3. 2. ed.* Salvador: Juspodvim, 2016.

\_\_\_\_\_; Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 18, 2015.

FACCHINI NETO, Eugênio. O Poder Judiciário e sua independência. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*. v.3, nº 8, p. 121-149, 30 set. 2009. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/478/239>. Acesso em: 20 abr. 2020.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. *Revista Eletrônica Temas atuais de processo civil*, v. 1, n. 6, 2011.

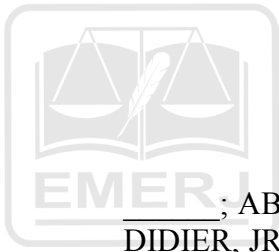
MARINHO, Hugo Chacra Carvalho. A independência funcional dos juizes e os precedentes vinculantes: O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando? In: DIDIER, JR, Fredie [et al] *Precedentes/ coordenadores, coleção grandes temas do novo CPC, V.3*. Salvador: Juspodvim, 2016.

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

NERY JUNIOR, Nelson. *Poder do processo na Constituição Federal: Processo Civil, Penal e Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2013, p.149.

REDONDO, Bruno Garcia. *Precedente judicial no direito processual civil brasileiro: Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. *O Que é Isto: Decido Conforme Minha Consciência*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013 [e-book].



\_\_\_\_\_; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando? In: DIDIER, JR, Fredie [et al] *Precedentes*, coordenadores, coleção grandes temas do novo CPC, V.3; Juspodvim, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda. *A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial: paradoxo apenas aparente* In: DIDIER, JR, Fredie [et al] *Precedentes*, coordenadores, coleção grandes temas do novo CPC, V.3; Juspodvim, 2016.

ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos precedentes normativos vinculantes*. 2.ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

\_\_\_\_\_; Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes, In: DIDIER, JR, Fredie [et al] *Precedentes*, coordenadores, coleção grandes temas do novo CPC, V.3. Salvador: Juspodvim, 2016.

## DOENÇA MENTAL E MEDIDA DE SEGURANÇA: IMPRECISÃO DO TEMPO DE DURAÇÃO, REINSERÇÃO E PERPETUIDADE

Thais da Silva Gama

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-graduanda Lato Sensu pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – a aplicação de medida de segurança é complexa, envolvendo diversos institutos interdisciplinares para a compreensão do melhor para os indivíduos portadores de doenças mentais que praticam ilícitos penais. Ao longo dos anos, surgiram diversos entendimentos na doutrina e jurisprudência quanto ao seu tempo máximo de duração. Diante dessa discussão ainda constante, pode-se notar que continuam a se distanciar do que seria justo, adequado e constitucional. Hoje não há uma solução adequada para o caso. Logo, a finalidade deste trabalho é demonstrar a necessidade de uma atenção maior dos operadores do direito, bem de modificações a serem realizadas pelo legislador no tema.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Doentes mentais. Medidas de segurança.

**Sumário** – Introdução. 1. Medidas de segurança e falta de regulamentação legal sobre seu tempo de duração. 2. Dificuldades de reinserção dos doentes mentais submetidos a medidas de segurança na sociedade. 3. Inconstitucionalidade do prazo indeterminado das medidas de segurança x proibição Constitucional do caráter perpétuo das penas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico trata da discussão sobre o tempo de duração das medidas de segurança aplicáveis às pessoas portadoras de doenças mentais que praticam atos infracionais. Busca a demonstração de que a imprecisão do referido tempo de cumprimento das medidas acarreta, em muitos casos, dificuldade de reinserção da pessoa na sociedade ou até mesmo, a perpetuidade dessas.

A fim de garantir que a pesquisa desenvolvida traga contribuições para a comunidade científica, no decorrer da mesma serão abordadas posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a se discutir efetivamente sobre a necessidade de precisão do tempo de duração das medidas de segurança para assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição.

Para melhor análise do tema, objetiva-se trazer o estudo dos dispositivos das leis que preveem a aplicação e modo de execução da medida de segurança, bem como os





entendimentos recentes dos Tribunais Superiores sobre a necessidade de um parâmetro para a fixação do tempo de duração das medidas de segurança.

O tema em tela, por não ter regulamentação expressa na lei, é controvertido na doutrina e jurisprudência, pois busca-se definir um parâmetro para sua aplicação. Além disso, envolve outras áreas de conhecimento como a psicologia e sociologia que estudam o indivíduo e sua relação com a sociedade.

Inicia-se o primeiro capítulo analisando-se os prejuízos causados as pessoas portadoras de deficiência mental em cumprimento das referidas medidas, no que tange a segurança jurídica, tendo em vista que a ausência de parâmetros legais concretos para a fixação do tempo de duração ultrapassa, muitas vezes, a pena máxima do delito praticado, violando assim, além da segurança jurídica, princípios e direitos fundamentais positivados na Constituição Federal.

No segundo capítulo, será ponderada a influência do excessivo tempo de duração das medidas de segurança com a dificuldade de reinserção da pessoa deficiente mental na sociedade, em especial, na sua capacidade de viver em conjunto, de reger os atos de sua vida e sua aceitação pelos demais.

E por último, no terceiro capítulo, será avaliado os casos de excessivo tempo de duração da medida de segurança juntamente com a impossibilidade de reinserção da pessoa portadora de deficiência mental na sociedade como uma exceção, não permitida em nosso ordenamento jurídico, em que a medida se tornam, por consequência, de caráter perpétuo.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, com a eleição de um conjunto de proposições hipotéticas, as quais serão viáveis e adequadas para análise do objeto da pesquisa, com o intuito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do referido objeto da pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, pretendendo se valer da bibliografia pertinente à temática em questão, analisando e fichando legislação, doutrina e jurisprudência, como acima citadas, para assim sustentar a tese.

Por fim, o trabalho tem como foco principal, no âmbito jurídico, frisar a necessidade de regulamentação legal do tema para garantir a segurança jurídica e a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos dispostos na Constituição Federal, bem como, no âmbito social, garantir uma maior aceitação e pacificação da relação da sociedade com as pessoas portadoras de deficiências mentais que praticam atos infracionais e são submetidas ao cumprimento das medidas de segurança, com fim de assegurar sua reinserção.

## 1. MEDIDAS DE SEGURANÇA E FALTA DE REGULAMENTAÇÃO LEGAL SOBRE SEU TEMPO DE DURAÇÃO

O Código Penal Brasileiro em seu artigo 96 prevê a aplicação das medidas de segurança aos inimputáveis que pratiquem uma conduta criminosa, ou seja, um fato típico e ilícito, pois isentos de pena por ausência de culpabilidade. Logo, não cumprem pena, mas sim, são submetidos a tais medidas de caráter curativo e preventivo.

Porém, com base no entendimento do doutrinador Cezar Roberto Bitencourt<sup>1</sup>, assim como a pena, a medida de segurança é considerada espécie do gênero sanção penal, mas enquanto a pena se fundamenta na culpabilidade do sujeito, a medida de segurança se baseia na periculosidade, aliada à incapacidade penal do indivíduo.

O Código Penal conceitua o inimputável em seu artigo 26, considerando isento de pena o agente portador de doença mental e até mesmo, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ao tempo da prática do ato ilícito, que, por consequência, o torne incapaz de se portar de maneira distinta por não entender o caráter ilícito do fato.

Existem duas modalidades de medidas de segurança previstas na lei: internação no hospital de custódia, ou outro tipo de estabelecimento adequado, para tratamento psiquiátrico ou tratamento ambulatorial, devendo serem fixadas a depender da avaliação, em cada caso, das condições de cada indivíduo e de sua periculosidade.

Além da avaliação acima citada, deve ser analisada a pena aplicável ao delito praticado pelo agente, para que assim seja fixada a modalidade de medida de segurança adequada ao caso.

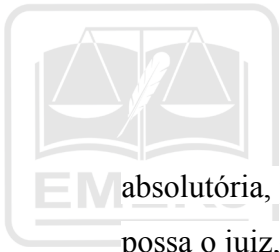
Portanto, decidindo o Juiz pela absolvição imprópria do réu por sua inimputabilidade, aplica-se medida de segurança, onde deverá definir a modalidade mais adequada, mediante seu livre convencimento motivado, nos moldes do artigo 97, do Código Penal, ficando fixado que os crimes punidos com pena de reclusão, o agente será submetido à internação e, com relação aos crimes punidos com detenção, o indivíduo será submetido ao tratamento ambulatorial.

Insta salientar que para Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>2</sup>, a medida de segurança não seria imposta em caráter absolutório em si, pois ela se distingue da sentença genuína

---

<sup>1</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 681.

<sup>2</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 207.



absolutória, pela qual se desacolhe a pretensão punitiva deduzida na peça acusatória, sem que possa o juiz, sequer, aplicar medida de segurança.

Em continuidade da análise da aplicação dessas medidas, pode-se observar que o Código dispõe que as mesmas se darão por tempo indeterminado, ou seja, perdurando enquanto a perícia médica não entender como cessada a periculosidade do agente, prevendo somente como prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos de duração.

Ressalta-se que, mesmo sendo aplicável a modalidade mais branda, a sujeição ao tratamento ambulatorial, o agente, mediante determinação do magistrado, poderá ser internado a qualquer fase do tratamento, se assim entender como necessária para fins curativos da medida.

Tal previsão do prazo indeterminado das medidas demonstra a omissão ao não definir um período de tempo máximo para aplicação das mesmas no Código Penal, Código de Processo Penal ou até mesma na Lei de Execuções Penais, gerando assim muitas discussões e divergências acerca do tema na doutrina e jurisprudência, que buscam uma solução que se revela de grande importância para a garantia dos direitos e preceitos fundamentais positivados em nossa Constituição.

Diante das questões recorrentes levadas a discussão nos Tribunais Superiores, o Superior Tribunal de Justiça em um de seus julgamentos, no *Habeas Corpus n° 208336/SP*<sup>3</sup>, entendeu que:

HABEAS CORPUS. PENAL. INIMPUTÁVEL. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO INDETERMINADO. PERSISTÊNCIA DA PERICULOSIDADE. IMPROPRIEDADE DO WRIT. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. DECRETO N° 7.648/2011. VERIFICAÇÃO DE INCIDÊNCIA. NECESSIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PENAS PERPÉTUAS. LIMITAÇÃO DO TEMPO DE CUMPRIMENTO AO MÁXIMO DA PENA ABSTRATAMENTE COMINADA. ORDEM CONCEDIDA. DE OFÍCIO, PARA RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES [...].

E em 18/05/2015 o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 527 que dispõe que: “O tempo de duração da medida de segurança não pode ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

Ocorre que, um tanto quanto em conflito com o entendimento acima, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a medida de segurança também tem natureza punitiva, razão pela qual se aplicam o instituto da prescrição e o tempo máximo de duração de 30 (trinta) anos previsto no artigo 75 do Código Penal.

<sup>3</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 208336*. Relatora Ministra Laurita Vaz . Disponível em: <[stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21607563/habeas-corpus-hc-208336-sp-2011-0125054-5-stj/inteiro-teor-21607564?ref=juris-tabs](http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21607563/habeas-corpus-hc-208336-sp-2011-0125054-5-stj/inteiro-teor-21607564?ref=juris-tabs)>. Acesso em: 07 out. 2019.



Tendo assim como base o tempo máximo de duração de 30 (trinta) anos, o Supremo Tribunal entende que este decorre da vedação constitucional às penas de caráter perpétuo. Logo, a subsistência da periculosidade do sujeito é causa ensejadora da manutenção da medida após o término do cumprimento da pena abstratamente cominada ao delito, desde que respeitado o referido limite.

Tal entendimento acima citado foi firmado no julgamento do recurso em *Habeas Corpus* n° 100383<sup>4</sup>, dentre outros recursos julgados da mesma forma:

EMENTA: PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MEDIDA DE SEGURANÇA. CUMPRIMENTO DA MEDIDA EM PRAZO SUPERIOR AO DA PENA MÁXIMA COMINADA AO DELITO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INÍCIO DO CUMPRIMENTO. MARÇO INTERRUPTIVO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. CONTINUIDADE. PRAZO MÁXIMO DA MEDIDA. 30 (TRINTA) ANOS. PRECEDENTES DO STF. DESINTERNAÇÃO PROGRESSIVA. ART. 5º DA LEI 10.216 /2001. APLICABILIDADE. ALTA PROGRESSIVA DA MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO DE 6 (SEIS) MESES. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. A prescrição da medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito cometido pelo agente, ocorrendo o março interruptivo do prazo pelo início do cumprimento daquela, sendo certo que deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de 30 (trinta) anos, conforme a jurisprudência pacificada do STF. Precedentes: HC 107.432/RS, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 24/5/2011; HC 97.621/RS, Relator Min. Cezar Peluso, Julgamento em 2/6/2009. 2. In casu: a) o recorrente, em 6/4/1988, quando contava com 26 (vinte e seis) anos de idade, incidiu na conduta tipificada pelo art. 129, § 1º, incisos I e II, do Código Penal (lesões corporais com incapacidade para o trabalho por mais de 30 dias), sendo reconhecida a sua inimputabilidade, nos termos do caput do artigo 26 do CP. b) processada a ação penal, ao recorrente foi aplicada a medida de segurança de internação hospitalar em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos, sendo certo que o recorrente foi internado no Instituto Psiquiátrico Forense, onde permanece até a presente data, decorridos mais de 23 (vinte e três) anos desde a sua segregação; c) o recorrente tem apresentado melhoras, tanto que não está mais em regime de internação, mas de alta progressiva, conforme laudo psiquiátrico que atesta seu retorno gradativo ao convívio social. 3. A desinternação progressiva é medida que se impõe provendo-se em parte o recurso para o restabelecimento da decisão de primeiro grau, que aplicou o art. 5º da Lei 10.216/2001, determinando-se ao Instituto Psiquiátrico Forense que apresente plano de desligamento, em 60 (sessenta) dias, para que as autoridades competentes procedem à política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida fora do âmbito do IPF. 4. Recurso provido em parte. (Processo: RHC 100383 AP; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma; Partes: Edenir Xavier, Defensor Público-Geral da União, Ministério Público Federal, Procurador-Geral da República; Publicação: DJ-e 210 DIVULG 03-11-2011 PUBLIC 04-11-2011; Julgamento: 18/10/2011; Rel. Min. Luiz Fux).

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n° 100383/STF. Partes: Edenir Xavier versus Defensor Público-Geral da União, Ministério Público Federal, Procurador-Geral da República. 1ª Turma. Publicação: DJ-e 210, 04/11/2011. Publicado por Jusbrasil. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20759599/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-100383-ap-stf>>. Acesso em: 07 out. 2019.



Diante do exposto, nota-se que mesmo com a tentativa da doutrina e jurisprudência de solucionar a indeterminação da duração do prazo das medidas de segurança, o tema é ainda um tanto quanto controvertido e divergente, além do consequente e notório tratamento desigual dado aos indivíduos inimputáveis.

Tal fato se comprova, por exemplo, quando analisados os indivíduos imputáveis que praticam delitos, existe uma pena mínima prevista no tipo penal, já, no caso dos inimputáveis, mesmo tendo praticado o mesmo ilícito, a medida de segurança se submete a um tempo mínimo que fica a cargo da arbitragem do magistrado, decorrente de um lapso temporal de 1 (um) a 3 (três) anos.

## 2. DIFICULDADES DE REINserÇÃO DOS DOENTES MENTAIS SUBMETIDOS A MEDIDA DE SEGURANÇA NA SOCIEDADE

Ainda que haja discussões acerca da natureza jurídica das medidas de segurança, na prática, a pena e a medida de segurança são tratadas da mesma forma, como medidas coercitivas impostas pelo Estado a pessoas que praticam delitos.

Nesse sentido, Salo de Carvalho<sup>5</sup>, cita que:

[...] A medida de segurança não se distingue da pena: ela também representa perda de bens jurídicos e pode ser, inclusive, mais afliitiva que a pena, por ser imposta por tempo indeterminado. Toda medida coercitiva imposta pelo Estado, em função do delito e em nome do sistema de controle social, é pena, seja qual for o nome ou etiqueta com que se apresenta.

As medidas de segurança têm finalidade eminentemente preventiva-curativa, buscando a cura ou redução da periculosidade, além da ressocialização da pessoa submetida a essas.

Segundo Luiz Regis Prado<sup>6</sup>:

As medidas de segurança são consequências jurídicas do delito, de caráter penal, orientadas por razões de prevenção especial. Consubstanciam-se na reação do ordenamento jurídico diante da periculosidade criminal revelada pelo delinquentes após a prática de um delito. O objetivo primeiro da medida de segurança imposta é impedir que a pessoa sobre a qual atue volte a delinquir, a fim de que possa levar uma vida sem conflitos com a sociedade.

<sup>5</sup> CARVALHO apud. FRAGOSO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 510.

<sup>6</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, parte geral: arts. 1º a 120. V.1. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 624.



Acontece que as instituições de tratamento, sejam os hospitais de custódia ou o tratamento ambulatorial, mostram-se incapazes de realizar tais finalidades.

Tal constatação se baseia no fato de que, mesmo após análise conjunta da Judiciário com equipe interprofissional habilitada para realização de avaliações e laudos e, por fim, a determinação da medida que se mostra adequada, o mesmo não se presta a fixar um prazo máximo necessário para a realização do tratamento, e por vezes, perdurando por toda a vida do agente, o que se mostra inadequado e não benéfico a própria saúde desse.

Sendo assim, conclui-se que a fixação de um tempo mínimo e não fixação de um tempo máximo de tratamento das pessoas com doenças mentais que praticam delitos, não é método de todo eficaz, tendo em vista que não havendo limites para a aplicação dessa, o prejuízo causado na vida dessas pessoas que necessitam de um cuidado ainda maior, por serem pessoas com necessidades especiais, é imensurável e talvez de caráter perpétuo, gerando agravamento de sua doença sem tratamento efetivamente adequado e afastamento da sociedade, o que vem a gerar um isolamento da pessoa no mundo.

Salienta-se que após o cumprimento do tempo fixado para a medida de segurança imposta pela sentença transitada em julgado, o inimputável é submetido a nova perícia onde o laudo apresentado pelo profissional habilitado será de constatação da cura ou cessação da periculosidade ou pela necessidade da continuidade do tratamento, sendo assim submetido a análise do magistrado e o mesmo podendo prorrogar o tempo mínimo da medida anteriormente fixado.

Cabendo acrescentar que novos exames serão realizados anualmente ou a qualquer tempo mediante decisão do magistrado, o que ocorrerá por seu livre convencimento.

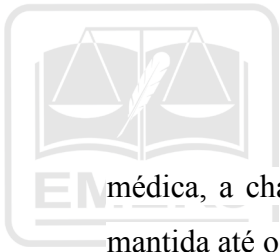
A questão toda envolvida nesses casos é a impossibilidade de previsão de cura ou diminuição de periculosidade, uma vez que imprevisível a conduta futura de qualquer ser humano, seja ele pessoa que goza de plenas condições mentais ou não.

Logo, podemos imaginar que uma pessoa inimputável pratique um delito e mesmo não passando por tratamento adequado, não pratique outros. Do mesmo modo, que mesmo passando pelo tratamento visto como adequado, durante um período de tempo ou por toda a sua vida, venha a praticar diversos outros delitos, tendo em vista que o tratamento não garante a alteração efetiva na periculosidade do agente inimputável.

No mesmo sentido menciona Rogério Greco<sup>7</sup> ao tratar que a medida de segurança mencionou que a mesma terá duração enquanto não for constatada, por meio de perícia

---

<sup>7</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 681.



médica, a chamada cessação de periculosidade do agente, podendo, não raras as vezes, ser mantida até o falecimento do paciente.

A periculosidade é um critério subjetivo que analisa a probabilidade de o agente voltar a ferir bens jurídicos tutelados, praticando assim condutas ilícitas.

Além disso, analisada as condições precárias dos hospitais de custódia e unidades de atendimento, semelhantes as condições críticas notórias dos estabelecimentos prisionais do Brasil, constata-se que os inimputáveis submetidos a medidas de segurança em sua grande maioria não recebem o tratamento adequado para sua cura, cessação de periculosidade e até mesmo ressocialização, o que consiste também em um dos objetivos das referidas medidas.

Sendo assim, cabe aos juristas analisarem que nessas situações não vem sendo feita justiça, pois pessoas que necessitam de cuidados especiais e específicos são punidas de forma mais severa do que pessoas que tem condições mentais plenas e consciência da diferença entre condutas lícitas e ilícitas.

Antes da reforma penal, os inimputáveis eram submetidos ao sistema binário, onde cumpriam pena e medida de segurança, mas com a reforma, foi considerada somente a aplicação das medidas de segurança como forma de absolvição imprópria de pessoas especiais que necessitam de tratamento específico e não suscetíveis de punição por não deterem o mesmo discernimento dos demais agentes capazes que praticam ilícitos penais.

Uma das finalidades da reforma era proporcionar aos doentes mentais em conflito com a lei um tratamento mais adequado e com finalidade distinta dos demais infratores, porém na prática, não ocorre de tal forma, o que podemos notar a começar das próprias brechas deixadas pela lei.

A ressocialização do indivíduo submetido a medida de segurança deve tida como fim do tratamento para cura ou diminuição da periculosidade, ocorre que não são aplicadas de forma conjunta, pelo contrário, ocorre um nítido isolamento da pessoa com necessidades especiais para tratamento psiquiátrico intensivo na busca por uma cura ou diminuição da periculosidade que na maioria dos casos não ocorre e somente acaba por agravar ainda mais seu isolamento e dificuldade de reinserção após extinta sua medida.

Existem casos, inclusive noticiados em programas de televisão de grande audiência, que corroboram para a tese de que o inimputável com o término do tratamento da medida de segurança a esse imposta acaba, ao final, se encontrando ainda mais desamparado do que no início do cumprimento quando praticou o delito, devido ao afastamento de seu convívio com seus familiares e com toda a sociedade.

### 3. INCONSTITUCIONALIDADE DO PRAZO INDETERMINADO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA X PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DO CARÁTER PERPÉTUO DAS PENAS

Considerando o inimputável como um indivíduo que não ostenta condições mínimas de discernir as situações que o cercam, sendo impossível para o mesmo avaliar a ilicitude de seus atos e, conseqüentemente, agir dentro dos parâmetros criados pelo direito, não se faz justo aplicar uma sanção penal superior e mais gravosa aos mesmos, mas sim, a justiça se faz com um tratamento especial e diferenciado nesses casos.

Janaina Conceição Paschoal<sup>8</sup> dispõe que:

Com efeito, a finalidade de tratar (e não de punir) o inimputável até justificaria a ausência de prazos máximos, pois o que determina o término do tratamento é a cura. No entanto, têm-se verificado, na prática, situações de injustiça incontestável, já que pessoas imputáveis que praticam atos idênticos aos perpetrados por inimputáveis, normalmente, ficam privadas de sua liberdade por prazo muito inferior ao de internação do inimputável.

Para Miguel Reale<sup>9</sup>, mesmo não cessada a anomalia psíquica, perdurando a periculosidade, não se coaduna com o Estado democrático de direito a imposição de constrangimento indeterminado, que se pode perpetuar.

Na mesma base de entendimento, pode-se concluir que ainda que não cessada a periculosidade do agente e por tal motivo, renovada de forma indiscriminada, ou seja, sem parâmetros limitativos do tempo de duração, a aplicação da medida de segurança se tornaria de caráter perpétuo, logo desumana, por submeter o indivíduo a uma espécie de sanção muito superior a pena prevista para aquele tipo penal em comparação aos casos de aplicação às pessoas que detenham plenas condições mentais.

Tal situação acima descrita, além de violar a vedação a penas de caráter perpétuo, viola os princípios da legalidade, isonomia, proporcionalidade, razoabilidade, humanidade das penas, dignidade da pessoa humana, bem como os demais direitos fundamentais que devem ser assegurados aos cidadãos por expressas previsões na Constituição Federal da República do Brasil.

Salientando-se que ao violar os princípios e direitos fundamentais acima citados, encontra-se ferido o Estado democrático de direito como um todo, tendo em vista que a

<sup>8</sup> PASCHOAL, Janaina Conceição. *Direito penal*: Parte Geral. 2 ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2015, p. 154.

<sup>9</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *1944 – Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 500.





vedação as penas de morte e de caráter perpétuo decorre desses e que é uma das cláusulas pétreas de nosso ordenamento.

A proibição das penas de caráter perpétuo se encontra expressa na Constituição Federal<sup>10</sup> em seu artigo 5º, inciso XLVIII, alínea b e estende-se a todas as espécies de sanção penal, ou seja, onde se lê pena, deve-se interpretar como o gênero sanção penal, inclusas as penas e medidas de segurança.

Somado ao princípio acima referido, encontra-se o princípio da legalidade previsto na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXIX e, também, no Código Penal em seu artigo 1º, que define como não havendo crime caso não haja prévia previsão legal e não havendo pena sem anterior cominação, igualmente.

O princípio da isonomia se encontra atrelado ao fato de que pessoas que gozem de condições mentais reduzidas demandam um tratamento diferenciado a fim de haver igualdade das condições de aplicação de medidas coercitivas adequadas em comparação com as pessoas com plenas condições mentais também submetidas ao cumprimento de sanções penais.

De forma conjunta existem também os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que assim como o princípio citado acima, almejam a aplicação de sanção penal de forma proporcional e razoável diante da análise das condições especiais de inimputabilidade de pessoas que não detêm plena consciência da ilicitude dos atos praticados.

Com relação aos princípios acima, Miguel Reale<sup>11</sup> entende que:

Questão preme de problemas refere-se à aplicação do princípio da proporcionalidade às medidas de segurança, por via do qual se estabelece a proibição de excessos, limitando-se a interferência no campo da liberdade individual às hipóteses de necessidade e carência desta restrição a ser feita de forma proporcional ao gravame ocasionado, adequando-se a sanção ao mal causado. Assim, as medidas de segurança teriam a sua aplicação, em face do princípio da proporcionalidade, condicionada à análise de sua necessidade, e adequada e limitada em vista dos objetivos almejados, bem como à gravidade do fato.

A busca pela humanidade das penas visa afastar a prática de tortura e tratamento degradante aos apenados, o que por lógica, também se estende as pessoas com deficiência mental em cumprimento de medida de segurança, que além demandam tratamento diferenciado, justo e digno, sem métodos desumanos e degradantes.

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2020.

<sup>11</sup> REALE JÚNIOR, op. cit., p. 498.

A humanidade das penas não deve ser analisada por si só, mas sim somando a sua definição a garantia da dignidade da pessoa humana, base do ordenamento jurídico vigente e parâmetro para as demais normas jurídicas.

Paulo César Busato<sup>12</sup> aponta sobre o princípio da humanidade e do caráter perpétuo das medidas de segurança que:

Nos casos de internação, evidentemente essa postura se traduz em uma forma de prisão perpétua, violando o princípio da humanidade das penas. [...] Não é possível admitir-se um grau de violação de direitos dessa ordem. A realidade é que o internamento por período ilimitado efetivamente contém uma condenação perpétua disfarçada, própria de regimes ditatoriais [...]. Trata-se de um hábil mecanismo dirigido a burlar a proibição das prisões perpétuas, posto que o reconhecimento da periculosidade do sujeito, em determinados Estados intervencionistas, poderia levar a afastar indefinidamente da sociedade os inimigos do sistema.

E, analisados os princípios primordiais, evidencia-se que além de intimamente interligados, para que sejam observados no sistema de aplicação das medidas de segurança é necessária a realização de mudanças na legislação atual que as regula, em especial no que tange a ausência de previsão legal do tempo de duração destas medidas.

Assim, é notório que a ausência de uma previsão legal que limite a duração das medidas de segurança impostas as pessoas com deficiência mental que pratiquem condutas ilícitas e penalmente reprováveis, é uma violação direta a Constituição, nossa norma Suprema, bem como, de igual forma, violação as demais previsões infraconstitucionais e infra legais.

Além da violação aos princípios e das normas de forma geral, tal fato fere também o direito de todo cidadão de ter ciência antecipada dos fatos tidos como ilícitos, bem como as possíveis punições aplicáveis em caso de prática dos mesmos, como amparado pelo princípio da legalidade, o que torna consequentemente discricionário o poder coercitivo do Estado.

A discricionariedade do Estado na aplicação de sanções é ilegítima, tendo em vista que adotada a democracia em nosso País, o que significa que o governo é do povo, sendo este legítimo para eleger seus governantes, e não tendo os mesmos poderes ilimitados, mas sim limitados as condições legais.

Ainda nessa vertente, disserta Zaffaroni e Pierangeli<sup>13</sup> que:

Não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal. Se a lei não estabelece o limite máximo, é o intérprete quem tem a obrigação de fazê-lo.

<sup>12</sup> BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*: V.1. 4 ed., Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 827.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro - parte geral*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 858.



Logo, sendo o intérprete o responsável por adequar a norma ao caso concreto de forma justa e respeitando os princípios basilares do direito, não podemos admitir que o cenário da aplicação das medidas de segurança aos indivíduos portadores de doenças mentais, inimputáveis, sejam punidos com medidas de segurança desproporcionais a real gravidade de suas condutas em comparação com as necessidades especiais de tratamento dos mesmos.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa objetivou demonstrar a problemática social gerada pela indeterminação do prazo máximo de duração da medida de segurança que acarreta grandes divergências entre os doutrinadores e julgadores que aplicam a Lei Penal, tendo em vista que ao obedecer aos princípios basilares e fundamentais do nosso ordenamento jurídico devem priorizar a justiça social, o que não tem sido observado no caso em tela.

A referida imprecisão concedeu discricionariedade ao Estado na aplicação de sanções aos cidadãos, o que fere o Estado democrático de direito e gera abuso do direito de punição Estatal.

Além disso, violado os princípios e direitos fundamentais analisados no decorrer do trabalho, o indivíduo portador de doença mental que pratica ilícito penal e é submetido a medida de segurança se mostra desamparado pelo tratamento desigual em comparação aos demais indivíduos portadores de plenas condições psíquicas.

Não obstante as diversas tentativas dos Tribunais Superiores de solucionar a presente questão, o entendimento mais recente firmado pelo Supremo Tribunal Federal legitima a aplicação das medidas de segurança por tempo indeterminado, ao permitir que a mesma tenha duração máxima de 30 (trinta) anos em todos os casos, sem exceções, mesmo cessado o cumprimento da pena máxima do tipo penal praticado, caso não constatada a cessação da periculosidade do agente.

Considerando a medida de segurança como uma espécie do gênero sanção penal, assim como a pena, pode-se concluir que uma vez cumprido o prazo estabelecido pela lei como suficiente para a repreensão e ressocialização do apenado, cessa a pretensão punitiva do Estado, logo sendo ilegítimo o alargamento do prazo para cumprimento da sanção.

Ademais, ressaltada a finalidade curativa e preventiva da medida de segurança, primeiramente deve ser observada a concessão de um tratamento específico e cauteloso dos cidadãos submetidos a essa, o que, para tanto, se faz necessária a reestruturação das clínicas

ambulatoriais e hospitais de custódia designados para o tratamento dessas pessoas, a fim de que possam ser tomadas medidas humanas e proporcionais na busca pela cura e cessação da periculosidade do indivíduo.

E assim, não atestada a cura do agente em cumprimento da medida, ao fim da mesma, limitado seu tempo de duração pelo tipo penal praticado, deve o mesmo ser posto em liberdade e serem tomadas outras medidas possíveis para o acompanhamento da pessoa e não tornar a medida de segurança uma sanção de caráter perpétuo, o que evidentemente é inconstitucional.

Em uma análise final do tema, pode-se notar que para a solução do problema em tela é preciso reformular a aplicação das medidas de segurança no Brasil, de forma a proporcionar aos inimputáveis um tratamento justo e humanitário, que lhes proporcionem a possibilidade de retorno à vida em sociedade e não o isolamento total com a perpetuidade do poder coercitivo do Estado sobre o agente portador de deficiência mental.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal* (1940). Decreto-Lei nº 2.848, de 07/12/1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 05 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal* (1941). Decreto-Lei Nº 3.689, de 03/10/1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 05 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei de Execução Penal* (1984). Lei nº 7.210, de 11/07/1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 05 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 100383/STF*. Partes: Edenír Xavier versus Defensor Público-Geral da União, Ministério Público Federal, Procurador-Geral da República. 1ª Turma. Publicação: DJ-e 210, 04/11/2011. Publicado por Jusbrasil. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20759599/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-100383-ap-stf>>. Acesso em: 05 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 208336*. Relatora Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <[stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21607563/habeas-corpus-hc-208336-sp-2011-0125054-5-stj/inteiro-teor-21607564?ref=juris-tabs](http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21607563/habeas-corpus-hc-208336-sp-2011-0125054-5-stj/inteiro-teor-21607564?ref=juris-tabs)>. Acesso em: 05 out. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral: V.1. Rev. atual e ampl.* São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal.* Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Direito penal: Parte Geral.* 2 ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120. revista, atual. e ampl.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REALE JÚNIOR, Miguel. 1944 – *Instituições de direito penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado.* São Paulo: Saraiva, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro - parte geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

## DIREITO À ORIGEM BIOLÓGICA E O DIREITO AO SIGILO DO DOADOR NO CONTEXTO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

Thays de Souza Pacheco

Graduada pela Universidade do Grande Rio  
Prof. José de Souza Herdy - UNIGRANRIO.  
Advogada.

**Resumo** – no cenário atual com a modernidade diferentes meios de se constituir uma família surgem, se destacando a reprodução assistida heteróloga como um meio que permite a pessoa ter filhos de forma independente e confere ao doador do material genético o sigilo na doação, assim como não tem obrigações inerentes à paternidade como o dever de prestar assistência material e afetiva. Em contraponto se tem a pessoa humana em formação que desde o nascimento possui direitos dentre eles o direito de conhecer a sua origem biológica, ou seja, de conhecer a sua origem genética paterna no qual a obstrução a esse direito violaria a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos da personalidade.

**Palavras-chave** – Direito de Família. Paternidade. Reconhecimento da origem biológica. Direito da personalidade.

**Sumário** – Introdução. 1. O direito ao conhecimento da origem biológica estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente para o adotando, à luz da dignidade da pessoa humana, como um direito de todo indivíduo. 2. Direito ao sigilo do doador, garantido pela Resolução nº2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, e outras ações positivas de reconhecimento da origem biológica. 3. Como conciliar o direito ao sigilo, se por outro lado, a pessoa tem o direito em conhecer a origem biológica. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o Direito à origem biológica que é o Direito do indivíduo em conhecer sua origem genética, sua hereditariedade, e nesse cenário se adentra na questão reprodução assistida heteróloga em que se garante o sigilo sobre a identidade dos doadores, assim como garante o sigilo sobre a identidade dos receptores do material genético. Procura-se demonstrar alguns aspectos controvertidos no qual especificamente o Estatuto de Criança e do Adolescente assegura o conhecimento à origem biológica em que adotando tem direito de conhecer sua origem biológica.

O trabalho busca desenvolver uma pesquisa se o direito ao reconhecimento à origem biológica previsto no Estatuto da Criança e Adolescente é extensível as pessoas não adotadas, mas concebidas por meio da inseminação artificial heteróloga.



Observa-se, assim, o objetivo da pesquisa é analisar a contradição entre o Direito ao sigilo do doador do material genético e o direito das pessoas geradas em conhecer sua origem biológica, pessoas que não terão qualquer ligação social com o doador, embora tenham vínculo genético. Diante dessa contradição se busca estabelecer uma harmonização do Direito de modo que a aplicação de um não implique a exclusão do outro.

A reprodução assistida pode ser realizada de dois modos que são a reprodução assistida homóloga e a reprodução assistida heteróloga, tanto a homóloga quanto a heteróloga encontra previsão na Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. Quanto a reprodução assistida heteróloga a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina assegura que a identidade do doador e do receptor não podem ser reconhecidas, impondo a obrigatoriedade de sigilo sobre a identidade dos doadores, assim como dos receptores. Entretanto, há de se reconhecer que há uma necessidade de uma legislação especial para tratar de forma específica o tema, pois não há harmonia com todo o conjunto jurídico. Essa situação, no entanto, não é regulada pelo ordenamento jurídico pátrio e surge a seguinte reflexão: no conflito entre o reconhecimento à origem biológica e o direito ao sigilo do doador qual direito deve prevalecer?

A pesquisa tem como objetivo expor como o Poder Judiciário Brasileiro vem lidando o tema, para isso será usada jurisprudências, doutrinas, princípios do Direito e a legislação sem exclusão de outros materiais que se demonstrem adequados a respeito do tema de modo a discutir sob o prisma da Dignidade da Pessoa Humana que é amplo e irrestrito ao ponto de amparar pessoas na obtenção do Direito de sua história genética fora do campo da adoção.

Inicia-se o primeiro capítulo analisando as novas formas relacionais, isto é, novas formas de constituição familiar e o direito à origem genética e seus fundamentos jurídico estabelecidos em princípios e na legislação demonstrando que o Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente reconhece o direito à origem biológica.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a análise da regulamentação do sigilo do doador previsto na nº 1.358/92 do Resolução do Conselho Federal de Medicina.

O terceiro capítulo expõe os direitos em aparente conflitos e a necessidade de criação de uma lei específica que regule o tema. Procura-se explicitar como conciliar os dois interesses em conflitos.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador levanta uma hipótese observando o problema e como se poderia solucionar, estudando o problema e analisando os resultados e a partir de uma conclusão encontra uma solução.

Para tanto, a abordagem do objeto da desta pesquisa jurídica é qualitativa uma vez que a metodologia é de caráter exploratório, tendo o foco no subjetivismo do objeto analisado. Em



outras palavras, busca compreender a nova de constituição familiar, estudando as suas formas e desdobramentos, entre outros aspectos. Além de compreender e interpretar novos modos e inovações, identificando soluções para o problema e descobrir as percepções e soluções adequadas as pessoas inseridas no contexto da pesquisa no qual seja a pessoa fruto de uma reprodução heteróloga e o doador.

## 1. O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA ESTABELECIDO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PARA O ADOTANDO, À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, COMO UM DIREITO DE TODO INDIVÍDUO

Considerando que o Direito de Família não é algo estático, ou seja, é algo que cada vez mais vem se evoluindo ao longo do tempo desse modo é inegável a presença de novas formas de constituição familiares e que merecem atenção no cenário jurídico dentre essas novas formas de constituição familiares se tem a reprodução assistida heteróloga que será o objeto de discussão deste estudo.

Atualmente os vínculos afetivos têm se sobrepondo sobre os vínculos biológicos, entretanto, não podemos deixar de lado a inegável importância do vínculo biológico, bem como as consequências que advêm desse vínculo. Pode-se dizer que em razão disso o legislador se preocupou passou a considerar como relevante para o bem-estar da criança e do adolescente o Direito ao reconhecimento do vínculo biológico.

A reforma legislativa da Lei nº 12.010 de 3 de agosto de 2009<sup>1</sup> inseriu inúmeras alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente sobretudo trouxe importantes alterações no instituto da adoção, dentre essas alterações destaco a alteração do artigo 48 conferindo o direito ao adotando de conhecer a sua origem biológica, ao alcançar a maioridade civil. O objetivo dessa alteração foi de conferir o direito à convivência familiar das crianças e adolescentes adotando não mais se admitindo em nosso ordenamento jurídico a obstrução do conhecimento de uma pessoa a sua origem biológica. Para melhor análise vale a transcrição do artigo 48 do ECA:

Art. 48, Estatuto da Criança e do Adolescente. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei nº 12.010*, de 3 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2020.





Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)<sup>2</sup>.

É reconhecido o direito à origem biológica no ordenamento jurídico pátrio, há o Direito ao adotado após alcançar a maioridade civil, aos 18 (dezoito) anos, ter acesso amplo e irrestrito ao seu processo de adoção garantido uma liberdade quanto ao exercício ao conhecimento da origem biológica de modo que tal conhecimento não ocasiona a alteração da filiação. O parágrafo único do art. 48 alargar essa possibilidade aos adotados menores de 18 (dezoito) anos, o adotando ainda que não plenamente capaz está autorizado a acessar o processo no qual se deu a adoção, bem como a esse menor de 18 (dezoito) anos proporciona a orientação e assistência jurídica e psicológica com fins de facilitação na busca das informações e auxílios eis que na busca de tais informações deve haver um conhecimento jurídico e um preparo emocional.

Além do mais, o direito previsto no art. 48 do ECA<sup>3</sup> permite que o adotando tenha conhecimentos dos motivos e fatores que ocasionam seu afastamento de sua família originária e o levaram a ser incluído em adoção.

Há de ressaltar que, pela redação dada pela Lei nº 12.010/2009, o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, pela via administrativa, não sendo necessário o ingresso pela via judicial por meio de uma ação de investigação de paternidade.

O direito à origem biológica pode ser tido como um anseio do indivíduo em tem conhecimento sobre seu histórico sanguíneo também compreendido como a relação genética com aquelas pessoas que lhe deram origem, sem dúvidas que esse direito gera reflexos psicológicos, reflexos na saúde como, por exemplo o histórico familiar de eventuais doenças genéticas e que ocasionalmente algumas doenças necessitam de parentes consanguíneos compatíveis para compartilhamento de materiais genéticos com o objetivo de cura de uma eventual doença, e também de compreender a sua formação física advinda de seus ancestrais.

A busca a origem biológica reafirma o direito da dignidade humana e os direitos da personalidade, no qual a pessoa pode se reafirmar sua identidade pessoal para sua percepção como pessoa em toda sua totalidade. Dessa forma, o privar o ser humano de conhecer a sua origem biológica não seria razoável, a busca por esse direito em termos amplos pode ser

---

<sup>2</sup> BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 5 out. 2019.

<sup>3</sup> Ibid.



entendida como um direito da verdade, seria a ligação biológica entre descendentes e aqueles que lhe deram origem, isto é, seus ascendentes.

Entretanto, a busca pelo conhecimento da origem biológica não origina nenhum vínculo jurídico do adotado com sua família consanguínea, somente identifica aqueles que lhe deram origem, ademais, o reconhecimento do vínculo biológico não exclui o reconhecimento do vínculo afetivo já que, ambos podem existir simultaneamente.

Em uma interpretação extensiva desse dispositivo poderia se dizer que esse direito alcança a todos os indivíduos ainda que não seja adotado, pois esse direito encontra amparo no princípio da dignidade da pessoa humana assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no art. 1º, inciso III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;<sup>4</sup>

Assim como pode encontrar amparo nos direitos da personalidade previsto do Código Civil no qual não possui uma conceituação definida sobre quais são os direitos da personalidade, logo se entende que os direitos da personalidade são abertos e que tutelam o ser humano abrangendo tudo o que diz respeito à pessoa humana. Os direitos da personalidade encontram previsão no art. 11, do Código Civil<sup>5</sup>, normalmente são definidos como irrenunciáveis e intransmissíveis abrange os aspectos constitutivos da identidade do indivíduo e o direito a origem biológica da mesma forma que o direito da personalidade é um direito constitutivo da identidade.

Para reafirmar que o direito à origem biológica se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana vale a citação do Superior Tribunal de Justiça que nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA PUBLICADA NA VIGÊNCIA DO CPC/73. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. NULIDADE. EXISTÊNCIA. DECISÃO IMPUGNADA. TESE RECURSAL. FUNDAMENTOS IDÊNTICOS. FALTA DE INTERESSE. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PAI REGISTRAL. VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. IMPEDIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. NULIDADE PROCESSUAL. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. INOVAÇÃO RECURSAL. DECISÃO MANTIDA. 3. "A existência de relação socioafetiva com o pai registral não impede o reconhecimento dos vínculos biológicos quando a investigação de paternidade

<sup>4</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2020.

<sup>5</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 5 out. 2019.



é demandada por iniciativa da própria filha, uma vez que a pretensão deduzida fundamenta-se no direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de conhecimento do estado biológico de filiação, consubstanciado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Precedentes” (AgRg no AREsp n. 347.160/GO, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe 3/8/2015)<sup>6</sup>.

Na decisão citada, o Superior Tribunal de justiça reconheceu a parte o direito de conhecer sua origem biológica que tem como fundamento no direito personalíssimo, indisponível e imprescritível consubstanciado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, diante no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade se pode chegar à conclusão de que há um direito à origem biológica assegurado no ordenamento jurídico e não só o direito previsto no art. 48 do ECA restrito apenas para o adotando, há um direito assegurado a todos irrestritamente eis que há valores supremos inerentes a todos, ou seja, na medida em que se o direito à origem biológica se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana compreendido com um princípio de todos.

Por isso, deve ser assegurado a todos os indivíduos o direito a verdade em conhecer sua origem histórica, com fundamento na dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade, não se podendo negar ao indivíduo o direito a verdade sob pena de violação do princípio constitucional que garante a máxima proteção ao ser humano.

## 2. DIREITO AO SIGILO DO DOADOR, GARANTIDO PELA RESOLUÇÃO Nº 2.121/2015 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, E OUTRAS AÇÕES POSITIVAS DE RECONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA.

No ordenamento jurídico brasileiro atual não há lei em sentido estrito que trate sobre a reprodução assistida heteróloga, em que pese tramitar no Congresso Nacional vários projetos de leis nesse sentido, desse modo há legislações esparsas, bem como atos infralegais conflitantes entre si que de um lado asseguram o direito em conhecer à origem biológica e de outro asseguram o sigilo do doador de material genético.

Diante da ausência de legislação específica que regulamente a técnica de reprodução assistida heteróloga no Brasil se extrai diversos questionamentos no que se refere ao seu uso e

---

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 347.160/GO*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339686275/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1319721-rj-2011-0306588-1>>. Acesso em: 7 out. 2019.

no meio dessa imprecisão se questiona o instituto e as consequências que advém dessa forma de constituição familiar.

Importante salientar que a fecundação quando não atingida por métodos naturais, poderá ser usado técnicas de fecundação artificial, sendo muito comum atualmente a gravidez por produção independente no qual com a ajuda da ciência, mulheres, casais inférteis e casais homoafetivos buscam a possibilidade de terem filhos a partir de uma produção independente.

Uma mulher que deseja tem um filho sem um parceiro, se utiliza de um banco de sêmen que tem como principal aspecto o anonimato do doador, assim como casais inférteis, casais homoafetivos femininos e casais homoafetivos masculinos podem se utilizar do banco de material genético para gerarem filhos, ou seja, um terceiro estranho a relação entra no ato de procriação. Há de se ressaltar que, a doação do material genético não pode ter caráter comercial ou lucrativo de acordo com a proibição contida no art. 199, §4º da Constituição Federal<sup>7</sup>, que proíbe expressamente a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) dispõe da Resolução nº 2.121/2015<sup>8</sup>, publicada no Diário Oficial da União, de 24 de setembro de 2015, que proíbe a quebra do anonimato do doador de material genético. Em seu item IV, o dispositivo, contém a proibição de conhecer a identidade de doadores e recebedores do material genético, ou seja, a regra é de sigilo.

Não é propriamente uma lei em sentido estrito, mas apenas norma de cunho interno administrativa de um órgão de classe profissional e quem carrega em si seus preceitos, sobretudo uma carga ética. Com isso, não poderia ser reconhecido nenhuma forma de parentesco, ficando limitado apenas as informações de cunho técnico acerca dos genomas, tais como garante que o doador tenha maior semelhança fenotípica e maior compatibilidade com a receptora.

Entretanto, embora se tem um dever de total sigilo a própria resolução de forma excepcional consente o afastamento do sigilo do doador do material genético, em casos especiais e por motivação médica, fornecidas exclusivamente para os médicos, garantido o sigilo da identidade civil do doador. Em regra, se garante o sigilo absoluto do doador e

---

<sup>7</sup> BRASIL, op. cit., 4.

<sup>8</sup> BRASIL. *Resolução CFM nº 2.121/2015*. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. Disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2020.



excepcionalmente há uma especificidade em que admite a quebra desse sigilo, entretanto tais informações não são para o receptor de gametas ou a prole.

Para que não ocorra a possibilidade de relações incestuosas diante da proliferação de material genético de um doador, a Resolução nº 2.121/15<sup>9</sup> estabelece que na região de localização da unidade da clínica de reprodução assistida o material genético do doador não poderá produzir mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes.

Como dito, no atual cenário jurídico não há norma propriamente dita que reconheça a possibilidade de quebra do sigilo do doador, mas inspirados em outros fundamentos jurídicos como princípios constitucionais, normas afirmativas de reconhecimento de filiação e ações do poder judiciário para reafirmarem o vínculo biológico poderiam justificar a quebra desse sigilo.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) possui ações afirmativas que buscam implementar o reconhecimento da paternidade, editou, em 17 fevereiro de 2012 o Provimento nº 16/2012<sup>10</sup>, demonstrando a importância e a facilidade de se obter o registro paterno. De acordo com o programa Pai Presente<sup>11</sup> sustenta que o reconhecimento de paternidade é direito de qualquer cidadão brasileiro. Inúmeros tribunais estaduais adotaram esse programa do CNJ o documento estabelece algumas medidas a serem adotada pelos magistrados visando identificar os pais e garantir o registro. O projeto de reconhecimento de filiação tem como objetivo combater a ausência da paternidade no assento de nascimento e tem como principal fundamento o art. 226, §7º da Constituição Federal que determina que:

Constituição Federal art. 226, §7º. 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 educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas <sup>12</sup>

Essa disposição constitucional além do princípio do livre planejamento familiar, também diz respeito ao princípio da paternidade responsável e aos deveres que lhe são inerentes constitui uma ideia de responsabilidade que existiu na formação familiar. Essa ação positiva de reconhecimento da paternidade se filia a um aspecto biológico, ou seja, enaltece o caráter

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., 5.

<sup>10</sup>BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1299>>. Acesso em 22 fev. 2020.

<sup>11</sup> BRASIL. *Secretaria de Comunicação Conselho Nacional de Justiça*, 2 ed. 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/campanha/pai-presente/>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit., 4.

sanguíneo e com a promoção desse reconhecimento assegura que toda pessoa tem o direito de ter sua origem reconhecida. O programa Pai presente também possibilita a realização de exame de DNA de forma gratuita, quando necessário.

Sendo assim, com o programa pai presente se tem a promoção de reconhecimento do vínculo biológico. Além do mais, assim como no instituto da adoção há assegurado o direito a origem biológica outro incentivo que assegura a pessoa conhecer sua origem biológica, nos casos de reprodução assistida heteróloga o doador não tem nenhum vínculo com o filho fruto da reprodução, sendo vedada alguma informação sobre a sua identidade ocasionando uma diferenciação entre os filhos que advém de origem genética natural, adotiva e os provenientes de reprodução assistida heteróloga.

Ressalto que, deve haver a ponderação de princípios sob a visão da importância em conhecer sua ascendência genética, assim como haver igualdade entre o filho havido por intermédio de inseminação heteróloga e os filhos proveniente de adoção, pois o ordenamento jurídico não pode ser contraditório conferindo ao filho proveniente da adoção o direito a conhecer a sua origem biológica e negar esse direito ao filho proveniente da reprodução assistida heteróloga sendo importante uma regulamentação para que não haja tratamento desigual, pois de acordo com o princípio da isonomia também conhecido como princípio da igualdade todos os seres humanos, nascem iguais e desta forma devem possuir as mesmas oportunidades de tratamento.

### 3. COMO CONCILIAR O DIREITO AO SIGILO, SE POR OUTRO LADO, A PESSOA TEM O DIREITO EM CONHECER A ORIGEM BIOLÓGICA

É assegurado o direito ao conhecimento da origem biológica, assim como é assegurado o direito de sigilo do doador na reprodução assistida heteróloga, diante disso surge um eventual conflito entre esses dois direitos, é necessário buscar uma solução para conciliar tais direitos de modo que a quebra do anonimato não acabe com o instituto da reprodução assistida heteróloga.

A procriação é um desejo muito comum do ser humano e como forma de viabilizar esse desejo muitos vêm se utilizando de diferentes métodos, tais como a reprodução assistida heteróloga no qual em muito dos casos não há interesse dos pais, ora receptores do material genético, em saber quem são os doadores e sua identidade, pois em muitos dos casos estão mais interessados em obter o fruto da concepção, ou seja, estão mais interessados na procriação. A Constituição Federal assegura o livre planejamento familiar como um direito fundamental, esse



princípio encontra respaldo legal no artigo 226, 7º da Constituição Federal, que assim estabelece:

Constituição Federal, art. 226, §7º. 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 educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.<sup>13</sup>

O princípio assegura a todo indivíduo o planejamento familiar de maneira livre, que garante a todos a liberdade na procriação e esse princípio é tido como um direito fundamental. Além disso, há, ainda previsão na legislação ordinária do Direito estabelecido na Constituição Federal, corroborando ao princípio do livre planejamento familiar com previsto no art. 1.565, §2º do Código Civil, que assim dispõe:

Código Civil, art. 1.565, §2º. O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.<sup>14</sup>

No que se refere as técnicas de reprodução assistida heteróloga se encontra respaldo no princípio do livre planejamento familiar, isto é, a reprodução assistida heteróloga é amparada na liberdade de procriação sendo de livre escolha do indivíduo o modo concepção familiar, o princípio do livre planejamento familiar garante a família a ampla liberdade de organização e autonomia competindo aos pais decidir o modo de constituição da prole. A autonomia da vontade também está se insere na reprodução assistida heteróloga com a manifestação livre e voluntária das partes no desejo de procriar.

Por outro lado, com relação a quebra do anonimato do doador que se busca garantir é o direito do filho advindo dessa concepção quando do desenvolvimento da capacidade de entendimento de se buscar conhecer a sua origem biológica. Os pais no auge da sua plena capacidade de entendimento e de determinação optam em terem filhos por um método autônomo sem talvez pensar no futuro quando o filho já desenvolvido a sua capacidade de entendimento venha querer saber as suas origens biológicas.

Há um vasto conjunto de normas no ordenamento jurídico brasileiro que asseguram a proteção da criança e do adolescente e que visam resguardam o direito à identidade, sendo nítida

---

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., 8.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit.,5.



o caráter fundamental dessa proteção. Para José Roberto Moreira Filho<sup>15</sup>: “O direito ao reconhecimento da origem genética é direito personalíssimo da criança, não sendo passível de obstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai.”

Essa autonomia dos pais no direito de constituir uma família de modo independente de alguma forma pode interferir no direito que toda pessoa tem assegurado em conhecer a sua origem biológica, direitos este que de acordo com vários instrumentos o ordenamento jurídico, fundado nos princípios, reconhece e assegura. Sendo assim, a reprodução assistida heteróloga não poderia ser uma renúncia ao direito ao reconhecimento da origem biológica.

De outro ponto de vista, atento ao direito ao anonimato do doador, a pessoa que se dispõe a doar o material genético pretende auxiliar a buscar de outra na constituição familiar e não deseja possuir vínculos paternos com o fruto da concepção, isto é, não há desejo de filiação do doador. A quebra do anonimato poderia ocasionar a falência do instituto da reprodução assistida heteróloga. Com a doação do material genético não há qualquer espécie de vínculo do doador e o receptor, por conseguinte também não há vínculo com o concebido, o doador é apenas um auxiliador na concretização do desejo de procriação sem a configuração de paternidade, pois ao doar seu sêmen o doador renuncia voluntariamente dos direitos inerente a paternidade.

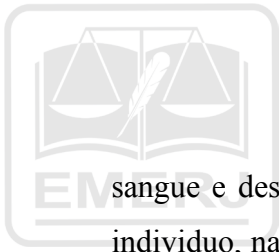
Com a doação do material genético o doador se desincumbe de todos os encargos resultantes da filiação, não podendo o filho exigir qualquer prestação material e nem ao menos conhecer a identidade do doador. Uma mãe que por uma produção independente recebe o material genético de um doador anônimo assume integralmente todas as responsabilidades sobre o filho, o doador se desobriga de todos os ônus decorrentes do estado de filiação.

A filiação por si só, ainda que desprovida de qualquer planejamento familiar, gera deveres e direitos aos pais e filhos, tais como direito ao nome, direitos materiais do ascendente para com os seus descendentes e posteriormente no futuro quando da velhice e incapacidade gera o direito dos ascendentes para com os descendentes, assim como direito a afetividade e outros direitos. Entretanto, tem-se necessário proceder à análise da questão também sobre outro ponto de vista de que com a reprodução assistida heteróloga pode se ter a ideia que filiação consanguínea está caducando passando o afeto a ganhar mais destaque preponderando sobre o

---

<sup>15</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. *Conflitos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida: Bioética e Biodireito*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2588/conflitos-juridicos-da-reproducao-humana-assistida>>. Acesso em: 30 de jun. de 2020.





sangue e dessa maneira não seria necessária uma investigação sobre a origem biológica do indivíduo, na medida que o critério biológico não teria relevância, mas sim o que prevaleceria seria a afetividade. Isso é um reconhecimento do instituto da paternidade afetiva, na qual não existe laços consanguíneos dos pais com os filhos, mas uma ligação por meio do afeto.

Inegável é a relevância do afeto como sendo apto a ser reconhecer a filiação, entretanto, não se pode denegar a filiação consanguínea, pois o fato de duas pessoas possuírem a mesma descendência genética advindas de um doador anônimo pode gerar uma relação incestuosa, em que pese alguns critérios na doação de material para evitar que isso ocorra, não se pode negar a existência dessa possibilidade em virtude de progressivo processo de integração social entre pessoas.

Sendo assim, embora se enalteça a filiação por afetividade em detrimento da filiação consanguínea, na medida em que a paternidade biológica vem sendo enfraquecida, não há como ser excluir totalmente a filiação por consanguinidade, há de ressaltar que a busca pela identidade biológica não teria como propósito a busca de direitos típicos da relação de filiação paterna como direito a alimentos, direitos sucessórios, ao uso do nome, em relação ao doador, mas apenas a consagração do direito da personalidade.

Se depreende que há um antagonismo de direitos, na medida em que há de um lado se reconhece a origem biológica e de outro se assegura o direito ao anonimato do doador sendo um desafio para o estado brasileiro a conciliação desses dois direitos.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, que a concepção da família atual não é a mesma de tempos atrás, pois é notória a grande evolução que tem ocorrido ao longo do tempo. A modelo de patriarcal está deixando de ter espaço e vem surgindo diferentes tipos de entidades familiares, nesse desenvolvimento se destacar a possibilidade de produção independente para satisfação do desejo de ter filhos, não havendo mais a necessidade de uma relação sexual para a procriação, nem mesmo há necessidade de um parceiro para a procriação, bastando a utilização do material genético doado por um doador anônimo.

O princípio do livre planejamento familiar engloba o direito de procriação e de constituição familiar de forma livre, o direito a reprodução assistida heteróloga encontra fundamento nesse princípio constitucional, o direito a reprodução assistida é um meio posto em



prática com a finalidade de garantir o livre planejamento familiar, assim como tem o objetivo de beneficiar a sociedade.

Tendo em vista os aspectos observados, é reconhecido o direito a origem biológica e de forma explícita o Estatuto da Criança e do adolescente assegura esse direito garantido inclusive orientação e assistência jurídica, assim como se depreendendo de outros princípios do ordenamento jurídico, como o princípio da dignidade da pessoa humana se tem garantido o direito a conhecer a origem biológica, sendo amplamente assegurado a todo ser humano.

Esse direito é personalíssimo e individual e também encontra fundamento nos direitos da personalidade e não se confunde com o direito a filiação, o estado de filiação se caracteriza pelos laços de afetividade construído no seio familiar. Portanto, o estado de filiação não se confunde com a origem biológica, pois esta está atrelada a consanguineidade e ascendência.

Sob outra perspectiva o instituto da reprodução assistida heteróloga assegura o direito ao sigilo do doador de material genético o que inviabilizaria o direito a origem biológica, pois o doador do material genético não deseja ter a sua identidade revelada, na medida em que ao se dispor a doar não há qualquer anseio de possuir vínculos familiares. Isto é, há o mandamento de que a identidade do doador não pode ser revelada ao receptor assim mutuamente, em contrapartida há uma série de ações positivas que reafirma o incentivo ao reconhecimento do patronímico, tais como programas do Conselho Nacional de Justiça que buscam promover a inclusão do nome patronímico no registro de nascimento de criança e adolescente, até mesmo na fase da maior idade civil. Se percebe que há todo um arcabouço jurídico no sentido de reconhecimento do laço sanguíneo.

A busca pela ascendência genética encontra aspiração em um viés psicológico, ou seja, um aspecto interno do indivíduo, algumas pessoas têm uma necessidade de conhecer o seu histórico biológico, até mesmo a busca pela ascendência genética por ser inclusive por razões médica e negar esse direito afrontaria a dignidade da pessoa humana.

Pelo exposto, a técnica de reprodução assistida heteróloga é algo que está sendo bastante usado pela sociedade atual, entretanto a ausência de legislação específica tem surgido diversos debates jurídicos que envolve a Medicina. O Direito à origem biológica e o sigilo do doador são direitos de extrema importância e que merecem respaldo de forma específica para sanar o conflito, há de se ressaltar que o direito ao anonimato não pode ser tido como absoluto considerando que muito se tem usado da ponderação de direitos sendo um método necessário para equacionar as colisões entre direitos buscando alcançar um equilíbrio com isso a ideia de que o doador está protegido deve ser relativizada, com a finalidade de garantir o direito do



concebido de conhecer a sua origem genética, porém sem acabar com o instituto da reprodução assistida heteróloga.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 5 out. 2019

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1299>>. Acesso em 22 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 5 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.010*, de 3 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 347.160/GO*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339686275/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1319721-rj-2011-0306588-1>>. Acesso em: 7 out. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8 ed., res. E. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro 6: Direito de Família*. 16 ed. São Paulo. Saraiva, 2019.

MARCIEL, KÁTIA REGINA. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. 12 ed., São Paulo. Saraiva, 2019.

MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 4 ed., São Paulo: Forense, 2018.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Conflitos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida: Bioética e Biodireito*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/2588/conflitos-juridicos-da-reproducao-humana-assistida>>. Acesso em: 30 de jun. de 2020.



RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Civil esquematizado*. V.3., 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. V. 5.10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.



## ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO POR ORDEM JUDICIAL E A POSITIVAÇÃO DA PROVA DIGITAL

Thuane Angela Sendreti de Oliveira

Graduada pela Universidade de Barra Mansa - UBM. Advogada.

**Resumo** – com a era digital em voga, decisões judiciais são proferidas no sentido de suspender os serviços de comunicação como sanção, no entanto o argumento jurídico usado para amparar essas medidas são frágeis. O presente trabalho visa analisar a constitucionalidade das sanções impostas, de modo a privilegiar o direito a comunicação e privacidade, além de ressaltar a importância da regulamentação da prova digital no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse prisma, serão analisados dispositivos da Lei nº 12.965/2014, doutrina e artigos científicos sobre a criptografia.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Marco Civil da Internet. Suspensão dos serviços de comunicação. Direito à privacidade e comunicação. Criptografia. Direito Processual Penal. Prova digital.

**Sumário** – Introdução. 1. A fundamentação jurídica para suspensão dos serviços de telecomunicação e o conflito de constitucionalidade na proteção dos direitos à privacidade e comunicação. 2. O sigilo das comunicações na era digital. 3. A relevância da regulamentação da prova digital no ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda análise crítica acerca da legalidade da suspensão dos serviços de comunicação, tendo em vista que a fundamentação legal usada para amparar as decisões judiciais são aplicadas de forma equivocada além de serem conflitantes com direitos fundamentais previstos na CRFB/88. Ante a era digital que permeia no ordenamento jurídico, o estudo aqui apresentando também é realizado com intuito de demonstrar a relevância da regulamentação da prova digital.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho sendo pontuado os artigos do Marco Civil da Internet usados como fundamento jurídico para amparar as decisões judiciais que visam a suspensão dos serviços de comunicação. Será pontuada a controvérsia inicial que consiste na finalidade da Lei nº 12.965/2014 em proteger os usuários de internet, mas que é usada

para amparar decisões judiciais com interesse exclusivamente público de modo a distorcer a finalidade da Lei fragilizando a proteção do usuário.

Ainda nesse contexto, demonstrará de acordo com pareceres técnicos, que a quebra da criptografia de um usuário acarreta riscos ao sigilo da comunicação de todos os outros, portando, ao solicitar essa violabilidade ainda que em caráter excepcional, é inconstitucional por violar direitos resguardados pela CRFB/88.

Após apresentar análise sobre a legalidade dos dispositivos do MCI, no segundo capítulo será debatido sobre o sigilo das comunicações na era digital, destacando que a tecnologia tomou espaços inimagináveis na sociedade trazendo aspectos positivos e negativos, ao passo que contribui para a praticidade do cotidiano, mas também faz com que os usuários estejam vulneráveis a riscos invisíveis. Usa o ponto de vista jusnaturalista para explicar a razão de ser mais importante garantir a inviolabilidade das comunicações e do sigilo, do que criar meios para fragilizá-los.

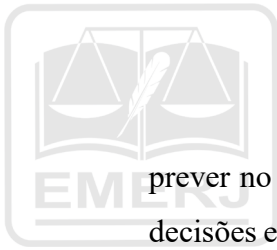
No terceiro e último capítulo, serão analisados os motivos pelos quais é importante a regulamentação da prova digital no ordenamento jurídico, especificamente no Código de Processo Penal. Com foco no contexto histórico, de modo a apontar o cenário atual inovador no quesito técnico da prova, o que expõe as razões de um código defasado pelo tempo e os aspectos a serem melhorados com as devidas atualizações.

A pesquisa se estrutura na metodologia hipotético-dedutiva, uma vez que o pesquisador se posiciona elegendo um conjunto de questionamentos, os quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com intenção de comprová-las ou rejeitá-las de forma argumentativa.

Portando, a abordagem desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, a qual o pesquisador tem por base a análise de legislação, doutrina e artigos científicos em torno do tema.

## 1. A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA PARA SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO E O CONFLITO DE CONSTITUCIONALIDADE NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS À PRIVACIDADE E COMUNICAÇÃO

A Lei do Marco Civil da Internet, promulgada no ano de 2014, dispõe no art. 10, § 2, sobre a requisição judicial de conteúdos de comunicação privada mediante ordem judicial, desde que em acordo com as hipóteses previstas no art. 7, II e III, da referida lei, além de



prever no art. 12, sanção para infrações do art. 10 e 11<sup>1</sup>. Esse fundamento legal ampara as decisões e ordens judiciais que visam suspender os serviços de telecomunicação. No entanto, esses dispositivos estão em conflito com os direitos constitucionais da privacidade e comunicação, razão pela qual são alvos de controvérsias.

O primeiro aspecto relevante para debate é a combinação do art. 10, §2 com o art. 7º, II e III, isso porque aquele prevê a requisição de conteúdo de comunicação privada mediante ordem judicial enquanto este, previsto no capítulo de direitos e garantias dos usuários, dispõe respectivamente sobre a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, e das comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

A controvérsia consiste no uso desses dispositivos quando é usado para atender interesse público tendo em vista que o legislador teve como objetivo proteger o usuário. Na remota hipótese de violação do sigilo das informações, deveria ser para garantir os direitos individuais e não o oposto, ou seja, é incabível usar esses dispositivos legais para violar as garantias dos usuários atribuídas pela legislação. No entanto, o Poder Judiciário pratica equívocos nesse contexto.

Nesse prisma a doutrina faz crítica a forma de aplicação dos dispositivos, e pontua que<sup>2</sup>:

Por ora, a atenção deve ser voltada para a forma pela qual uma lei editada para garantir direitos na internet, dentre eles a liberdade de expressão, foi interpretada de modo a restringir uma aplicação utilizada por milhões de brasileiros, inclusive pelo próprio Poder Judiciário para a prática de certas atividades jurisdicionais.

É sabido que, em razão do tema ser embrionário no ordenamento jurídico brasileiro, por vezes os magistrados fizeram uso do poder de cautela<sup>3</sup> com o intuito de suprir as lacunas legais para os casos concretos colocados à sua frente<sup>4</sup>. No entanto, com advento do Marco Civil da Internet o aspecto legal deveria ser fortificado, o que não ocorreu e as normas são aplicadas com interpretação equivocada.

Outro ponto controvertido é a o art. 7, II, com previsão de inviolabilidade e sigilo do fluxo das comunicações na internet salvo por ordem judicial. Ao se referir ao “fluxo” remete a ideia de interceptação em tempo real, mas tecnicamente essa possibilidade já foi refutada

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei nº 12.965 de 2014*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 03 jul. 2020.

<sup>2</sup> SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Celina. *Marco Civil da Internet: comentários a jurisprudência*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2017, p. 69.

<sup>3</sup> O poder geral de cautela, regrado pelo art. 798 do CPC, é a impossibilidade de que o legislador preveja todos os casos concretos que o magistrado possa vir a encontrar, criando condições para que o mesmo, possa conferir efetividade à prestação jurisdicional.

<sup>4</sup> SOUZA; LEMOS; BOTTINO, op. cit., p. 64.



por estudos realizado pelo MIT materializados na obra “*Keys Under Doormats: Mandating insecurity by requiring government access to all data and communications*”<sup>5</sup>. A pesquisa esclarece que a única possibilidade de quebra de sigilo de usuários específicos coloca em risco o sigilo de todos os outros.

Assim violaria o direito à privacidade, do qual está previsto na CRFB/88 como um dos direitos fundamentais com o objetivo de garantir o mínimo de dignidade privada ao indivíduo. Se esse dispositivo não pode ser garantido a todos torna-se inconstitucional.

A preservação do direito à privacidade<sup>6</sup> na era digital é defendido majoritariamente no ordenamento jurídico brasileiro e internacional. No âmbito dos direitos humanos a ideia de que toda e qualquer pessoa é sujeito de direitos e detentora do direito à privacidade é uma importante premissa. De acordo com o art. 12 da Declaração Universal de Direitos Humanos, “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada [...]”<sup>7</sup>.

Com a evolução informática a ONU colocou em pauta em Assembleia Geral o impacto negativo que a vigilância e a interceptação de comunicações podem ter sobre os direitos humanos. E por meio da Resolução nº 68/167 com o tema “*The right to privacy in the digital age*”, determinou aos estados membros que respeitem e protejam o direito à privacidade, inclusive no contexto de comunicação digital<sup>8</sup>.

No Brasil existe esforço para que o direito à privacidade na era digital seja preservado, motivo pelo qual existem duas ações em tramite no Supremo Tribunal Federal, com julgamento pendente, em que se discute a constitucionalidade dos bloqueios e suspensão do serviço *Whatsapp* em razão de descumprimento de ordem judicial.

A suspensão dos serviços de comunicação é confrontada com o direito à privacidade e comunicação. Apesar de as decisões e ordens do juízo a quo serem unânimes no sentido de considerar legal a suspensão do *Whatsapp*, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado por meio do voto ministerial em sentido oposto, considerando a inconstitucionalidade da suspensão e a violação a preceitos fundamentais, observando a intenção do legislador de proteger o usuário.

---

<sup>5</sup> MIT Libries. Disponível em: <https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/97690/MIT-CSAIL-TR-2015-026.pdf?sequence=8&isAllowed=y>. Acesso em: 03 jul. 2020.

<sup>6</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 jul. 2020.

<sup>7</sup> ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris. Disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 03 de jul. 2020.

<sup>8</sup> ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (2013). *The right to privacy in the digital age*. Disponível em: <https://undocs.org/A/RES/68/167>. Acesso em: 03 de jul. 2020.





O Ministro Edson Fachin, corrobora com a tese de que o artigo 7, II, e art. 12, III, devem ser declarados parcialmente inconstitucional, afirma ser necessário o afastamento da interpretação do dispositivo que autoriza a ordem judicial a requisitar conteúdo de comunicação criptografada, em razão do risco a violação do direito à privacidade caso a criptografia seja quebrada.

O entendimento do Ministro contextualiza de forma sucinta o cenário jurídico na era digital e diverge levemente do entendimento da Ministra Rosa Weber<sup>9</sup> :

[...]O aplicativo *WhatsApp* não permite que o conteúdo das comunicações trocadas entre os usuários seja disponibilizado, porque isso exigiria que o aplicativo alterasse seu sistema de criptografia, introduzindo uma vulnerabilidade em seu sistema. Com as vênias da e. Min. Rosa Weber, ordens judiciais, ainda que para fins de investigação criminal ou instrução processual penal – como ocorre nas ações que são impugnadas na presente arguição –, não podem determinar que o aplicativo de internet modifique seu sistema de criptografia. Daí porque a necessidade de inconstitucionalidade sem redução de texto do art. 7º, II, e 12, III, ambos do Marco Civil da Internet [...]

Em análise crítica ao art. 12, III e IV da Lei nº 12.965/2014, é de se esclarecer, a permissão de suspensão ou proibição, das atividades que envolvem a “operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações”<sup>10</sup> é para preservar a integridade desses dados em face de provedores, para exclusiva proteção dos usuários. São dados que por sua natureza são armazenados, diferente de interceptação em tempo real, a qual é instantaneamente assistida, mas não pode ser captada nem guardada em razão da criptografia.

Verifica-se que a discussão recai sobre texto legal, do qual não constitui permissão em hipótese alguma para imposição de sanções em decorrência do descumprimento de ordem judicial. É oportuno ressaltar o entendimento doutrinário sobre o tema: “é importante guardar a observância do princípio da reserva legal, evitando que uma interpretação ampliativa possa levar situações de extrema insegurança jurídica – justamente o que a edição do Marco Civil da Internet procurou evitar”<sup>11</sup> .

O Marco Civil da Internet disciplina o uso da internet no Brasil, se propõe a harmonizar princípios como a garantia da liberdade de expressão e de comunicação, a

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.527*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4983282>. Acesso em: 03 de jul. 2020.

<sup>10</sup> Os registros de conexão são gerados toda vez que uma pessoa se conecta à Internet. O objetivo desses registros é identificar de onde o computador acessou a rede, a que horas, e por quanto tempo. Deve-se esclarecer, contudo, que os registros de conexão demonstram a conexão de uma máquina (terminal) a um provedor que possibilitou sua conexão, e não de seres humanos.

<sup>11</sup> SOUZA; LEMOS; BOTTINO, op. cit., p. 64.

proteção da privacidade e dos dados pessoais e a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades. Nota-se a intenção de harmonização dos direitos inerentes principalmente ao sujeito de direito de modo a protegê-lo.

Nesse ponto é pertinente trazer a confirmação por Gilmar Mendes de que a Lei nº 12.965/2014, visa proteger os usuários<sup>12</sup>:

[...]o chamado “marco civil da internet” . Entre as garantias estabelecidas na referida lei, uma importante inovação: restou expressamente assegurado aos usuários da internet no Brasil não apenas o sigilo do fluxo de comunicações, já regulamentado pela Lei n. 9.296/96, como também a inviolabilidade e o sigilo dos dados armazenados (art. 7º, II e III), tema até então sem legislação específica, a motivar controvérsias na doutrina e na jurisprudência.

Eis o questionamento, se o MCI visa a proteção dos usuários de internet como poderia ser usada em face destes violando o seu direito à privacidade e à comunicação. De acordo com o entendimento supracitado, Gilmar Mendes frisa que além de existir expressa proteção ao sigilo do fluxo das comunicações, protege-se também os dados armazenados. Sob essa ótica as controvérsias são supridas pelo artigo 7º, II e III.

Portanto, o que se constata em torno das decisões de suspensão dos serviços de telecomunicação com fundamento no Marco Civil da Internet é que são medidas violadoras da CRFB/88 em que são aplicados equivocadamente os artigos 7º, II e 12, III e IV. Isso porque a legislação visa a proteção dos usuários no sentido de garantir todos os direitos fundamentais em torno do fluxo das comunicações e armazenamento de dados. No entanto os dispositivos legais foram aplicados em sentido contrário para acessar as informações privadas que deveriam ser legalmente protegidas.

## 2. O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES NA ERA DIGITAL

Existem diversas justificativas para aplicação incorreta da Lei nº 12.965/2014, uma delas é a de que o sistema jurídico ainda está se moldando à novidade da era digital. A título de exemplo menciona-se a interceptação telefônica positivada por meio da Lei nº 9.296/1996, há mais de vinte anos. Aponta-se lacunas legais em razão do tempo decorrido desde a criação da lei, enquanto a tecnologia evolui, é certo de que passa a existir a necessidade de adequação legal ao novo contexto social.

---

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: atlas, 2017, p. 102.



Ao longo das últimas décadas o avanço tecnológico se deu de forma muito rápida a ponto de colocar os operadores do direito diante de situações ainda sem previsão legal. O desafio de atualizar o sistema jurídico atinge diversas nações tornando o assunto tema de debate para estabelecer em meio a tecnologia e o direito a ponderação adequada para as normas.

Nesse debate, primeiramente constata-se que a tecnologia tomou espaços inimagináveis na sociedade trazendo aspectos positivos e negativos, ao passo que contribui para a praticidade do cotidiano, mas também faz com que os usuários estejam vulneráveis a riscos invisíveis. Menciona-se o sistema “*Backdoors*”, que será explicado adiante, como um exemplo cristalino de risco invisível, uma vez que existe uma espionagem digital.

Fato é que a privacidade e a comunicação são direitos inerentes a pessoa humana, portanto em primeiro lugar é importante garantir e valorizar a preservação da privacidade e do sigilo sobre a vida privada, sendo a quebra de sigilo algo secundário e não o ponto mais relevante para solucionar.

No entanto, a controvérsia atual se estrutura na inversão dessa premissa. O que não pode ser aceito, isso porque a privacidade é direito fundamental amparado fortemente pela CRFB/88. Esse debate é também dividido em âmbito filosófico-jurídico, dispondo de vertentes variadas entre os jusnaturalistas, os positivistas e os idealistas.

Paulo Gustavo Gonet Branco, esclarece<sup>13</sup>:

[...] para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Para os idealistas, os direitos humanos são ideias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo, ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas.

Sob a vertente do jusnaturalismo, compreendendo o direito fundamental como aquele que nasce com o homem, sendo intrínseco a ele e anterior as normas impostas por tudo aquilo que não é natural, pode-se afirmar que a privacidade detém de fato prioridade. Não significa dizer ser um direito absoluto, como se comprova com a possibilidade excepcional de interceptar conteúdo de comunicações em aparelhos que não dispõem da criptografia. Nota-se a excepcionalidade de um direito constitucionalmente garantido, mas é importante frisar que se aplica a casos específicos.

---

<sup>13</sup> Ibidem., p.139.

Como é o caso do *Whatsapp* em que é protegido por criptografia, deve prevalecer o direito à privacidade, tendo em vista que a interceptação nesse *app* coloca em risco o sigilo de todos os outros usuários. Como mencionado no primeiro capítulo, o MCI visa a proteção dos usuários da internet, no que tange a interceptação telefônica a premissa é semelhante.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>14</sup>:

O sigilo das comunicações é não só um corolário da garantia da livre expressão de pensamento; exprime também aspecto tradicional do direito à privacidade e à intimidade. A quebra da confidencialidade da comunicação significa frustrar o direito do emissor de escolher o destinatário do conteúdo da sua comunicação.[...] A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas.

Mais do que preceito jurídico, sob a ótica de Gonet Branco, a privacidade é caracterizada pelos sentimentos, desenvoltura, autoconhecimento, superação, reforçando ainda mais o aspecto jusnaturalista sobre a privacidade. O autor<sup>15</sup> frisa ainda que “Uma das limitações à liberdade de comunicação social é o respeito devido ao direito à Privacidade [...]” previsto no art. 5º, X da CRFB/88<sup>16</sup>, sendo esse direito citado expressamente também no art. 220 como limite à liberdade dos meios de comunicação.

A privacidade em primeiro plano é amparada também pela Organização das Nações Unidas e foi tema de Assembleia Geral com finalidade de discutir sobre “*The right to privacy in the digital age*”<sup>17</sup> em que se estabelece diretrizes sobre os direitos da privacidade na era digital.

No que tange aos riscos invisíveis da era digital, esse é outro argumento robusto, pois é importante refletir sobre a privacidade protegida por criptografia para além da comunicação, levando-a para outras áreas do cotidiano como por exemplo, aplicativos bancários e banco de dados do setor público.

<sup>14</sup> Ibidem., p. 307.

<sup>15</sup> Ibidem., p. 294.

<sup>16</sup> O inciso X do artigo 5º da CRFB/88, dispõe que: 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.

<sup>17</sup> ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, op. cit., nota 08.



Assim, a criptografia existe como um avanço social, pois genericamente de acordo com a era digital requer-se mais proteção à privacidade do que a fragilização dos meios que a tornam seguro. Em sentido técnico, o estudo realizado pelo Center for Strategic and International Studies, no artigo “*The effect of Encryption on Lawful Access to Communications and Data*”<sup>18</sup> ressalta o inquestionável avanço técnico que é a criptografia e a importância dela para a sociedade como um todo inclusive para o direito.

No entanto, coloca também como matéria desafiadora para a área jurídica, contrapondo que com o avanço tecnológico edificou-se a necessidade de proteção aos indivíduos e a criptografia foi excelente nesse aspecto, mas grupos com intenções criminosas como extremistas islâmicos e Al Qaeda’s também se beneficiam. A nível nacional também pode-se mencionar as organizações criminosas como Comando Vermelho (CV) e Primeiro Comando da Capital (PCC).

Certamente existe conflito entre a plena proteção da comunicação e a possibilidade de eventual quebra de sigilo, mas todos os estudos apontam para a preservação da privacidade. O estudo realizado pelo centro supracitado tem como um dos títulos “*The encryption debate and backdoors*”, “O debate sobre criptografia e *backdoors*”<sup>19</sup>, e pontua o seguinte<sup>20</sup>:

[...] o termo backdoor implica em acesso clandestino e falta de responsabilização por ele. O que as agências policiais querem é o uso de criptografia recuperável que possa permitir acesso legal com a supervisão apropriada. o problema é que exigir recuperação é caro e complexo para implementar.[...] Nossa conclusão básica é que os benefícios de exigir o acesso a dados criptografados não superariam os custos. O acesso da polícia aos dados criptografados é um problema, mas a magnitude do desafio ainda não é significativa o suficiente para justificar os mandatos de descryptografia.

Assim, compreende-se *Backdoors* como um termo para se referir a “porta dos fundos”. É uma porta clandestina aberta no sistema, não documentada, que permite ao criador ter acesso a ele. Para o estudo supracitado o fato de ser um sistema de alto custo e

<sup>18</sup> CENTER FOR STRATEGIC AND INTERNATIONAL STUDIES. *The effect of Encryption on Lawful Access to Communications and Data*. Disponível em: [https://csis-website-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/170221\\_Lewis\\_EncryptionsEffect\\_Web.pdf?HQT76OwM4itFrLEIok6kZajkd5a.r.rE](https://csis-website-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/170221_Lewis_EncryptionsEffect_Web.pdf?HQT76OwM4itFrLEIok6kZajkd5a.r.rE). Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>19</sup> [...] the term backdoor implies surreptitious access and a lack of accountability. what law enforcement agencies want is the use of recoverable encryption that can permit lawful access with appropriate oversight. the problem is that mandating recoverability is costly and complex to implement. [...] our basic conclusion is that the benefits of mandating access to encrypted data would not outweigh the costs. Law enforcement access to encrypted data is an issue, but the magnitude of the challenge is not yet significant enough to justify decryption mandates.

<sup>20</sup> CENTER FOR STRATEGIC AND INTERNATIONAL STUDIES, op. cit., nota 18.

difícil de ser implantado pesa mais do que os problemas a serem solucionados com a inovação, frisa-se ainda a inexistência de algo relevante o bastante a ponto de gerar a quebra da criptografia.

Nesse sentido, a única conclusão possível sobre a quebra do sigilo das comunicações na era digital é de que a privacidade deve ser protegida enquanto não houver mecanismo de interceptação exclusiva de usuários previamente determinados sem que viole a privacidade dos outros. É certo também que, em virtude dos meios tecnológicos serem predominantes no cenário atual, requer-se maior zelo pela privacidade e proteção da comunicação, o que é mais vantajoso de acordo com o contexto debatido.

### 3. A RELEVÂNCIA DA REGULAMENTAÇÃO DA PROVA DIGITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A prova digital ainda não é um instituto positivado no ordenamento jurídico, em virtude do rápido avanço tecnológico, algumas esferas do direito passaram a carecer de normas regulamentadoras. Esse é o caso do Código de Processo Penal no que tange a requisição de provas e a falta de previsão legal da prova digital.

Prova em contexto genérico revela a busca pela construção da verdade, tendo os seus diversos meios de constituição ao longo da história de acordo com cada momento. Nesse sentido Pacelli lembra dos juízes de Deuses<sup>21</sup> “o acusado submetia-se a determinada provação física, ou suplício, de cuja, superação, quando vitorioso, se lhe reconhecia a veracidade de sua pretensão [...]”. Esse exemplo contextualiza perfeitamente a influência do tempo na materialização do que pode ser considerado prova.

Tourinho Filho cita os seguintes exemplos do sistema *ordálico*<sup>22</sup>:

Havia a prova da água fria: jogado o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado [...] A do ferro em brasa: o pretenso culpado, com os pés descalços, teria que passar por uma chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, seria inocente; se se queimasse, sua culpa seria manifesta [...]

A produção de prova é muito representativa de acordo com cada contexto histórico, sendo inquestionável a existência de uma nova espécie de prova ainda não regulamentada, isso porque a era atual é inovadora no quesito técnico da prova. Gustavo Henrique de

<sup>21</sup> PACHELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 174.

<sup>22</sup> TOURINHO apud PACHELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2017. p.174.



Vasconcellos Cavalcanti<sup>23</sup>, conceitua a prova digital como “refere-se àquelas provas dispostas em uma sequência de bits e consignada em uma base física eletrônica. Uma prova digital, portanto, é um elemento digital/eletrônico capaz de dar ciência de um fato a alguém.”.

Compara-se a prova documental, a qual remete a dados e informações materializados em documentos físicos. A época em que se estabeleceu essa espécie de prova era impensado a possibilidade de documento probatório virtual, como é o caso de banco de dados, onde é armazenada uma gama de informações.

Renato Brasileiro, em sentido semelhante conceitua a prova documental sob a ótica restrita e ampla<sup>24</sup>:

O conceito de documento pode ser abordado de forma estrita ou de modo amplo. Numa concepção mais restrita, considera-se documento (de *doceo*, ensinar, mostrar, indicar) qualquer escrito, instrumento ou papel, público ou particular (CPP, art. 232, *caput*). Pode-se defini-lo, assim, como toda a peça escrita que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de algum ato dotado de relevância jurídica. Numa concepção mais ampla, e com base em uma interpretação progressiva, tem-se como documento qualquer objeto representativo de um fato ou ato relevante, conceito no qual podemos incluir fotografias, filmes, desenhos, esquemas, e-mails, figuras digitalizadas, planilhas, croquis, etc. Em ambas as concepções, apresenta-se como característica essencial do documento a relevância jurídica, a ser compreendida como a possibilidade da expressão do pensamento nele contido gerar consequências no plano jurídico.

A diferença entre o sentido restrito e o amplo é reveladora da evolução dos meios de prova, referindo-se o autor a “interpretação progressiva” para justifica-la, destaque-se o e-mail como um objeto de prova representativo do cenário atual. Certamente o não reconhecimento da espécie “prova digital” no Código de Processo Penal não implica em dispensa de provas quando forem de teor digital.

No entanto, é de suma importância a inclusão dessa nova espécie no título VII do CPP<sup>25</sup> sobre “provas”, acrescentando as diretrizes da prova digital, assim como já existe a prova documental, testemunhal, dentre outras. Isso porque, a regulamentação específica atualiza o sistema além de evitar equívocos na era digital, como tem acontecido com a aplicação inapropriada do MCI.

<sup>23</sup> CAVALCANTI, Gustavo Henrique de Vasconcellos. *Validade jurídica das provas digitais no processo administrativo disciplinar*. Disponível em: [https://corregedorias.gov.br/assuntos/responsabilizacao-agentes-publicos/documentos/artigo\\_evidencias\\_digitais\\_no\\_pad.pdf](https://corregedorias.gov.br/assuntos/responsabilizacao-agentes-publicos/documentos/artigo_evidencias_digitais_no_pad.pdf). Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>24</sup> BRASILEIRO, Renato de Lima. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. ver., ampl e atual.- Salvador: Juspodium, 2020, p. 788.

<sup>25</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal de 1941*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 06 jul. 2020.

Em razão dessa carência de previsão legal, não muito distante, houve debate ferrenho sobre a apreensão de provas consideradas “digitais”. Tendo em vista que diferentemente da prova documental em sentido estrito, a coleta de prova digital não exige que o colhedor permaneça com a posse do dispositivo detentor de informações. Por exemplo, ao realizar a busca e a apreensão de um computador em virtude das provas ali constantes, não é necessário a custódia desse objeto, uma vez que é possível fazer cópia dos dados necessários e posteriormente devolvê-lo ao proprietário sem restringir em grau máximo o direito de propriedade<sup>26</sup>.

Nesse sentido, Renato Brasileiro conceitua apreensão da seguinte maneira<sup>27</sup>:

A apreensão deve ser tida como medida de constrição, colocando sob custódia determinado objeto ou pessoa [...]. Conquanto a busca e apreensão esteja inserida no Código de Processo Penal como meio de prova (Capítulo XI do Título VII), sua verdadeira natureza jurídica é de meio de obtenção de prova (ou de investigação da prova). Isso porque consiste em um procedimento (em regra, extraprocessual) regulado por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que pode ser realizado por outros funcionários que não o juiz (v.g., policiais). Sua finalidade precípua não é a obtenção de elementos de prova, mas sim de fontes materiais de prova [...].

Esse é um exemplo cristalino de caso em que a regulamentação da prova digital é de extrema importância. Em razão do Código de Processo Penal ser da década de 40, carrega termos que não existem mais e carece de instrumentos atuais, como fotocópias e cartas, atualmente substituídas por outros meios da era digital<sup>28</sup>.

Eis a relevância de sintonizar a realidade com o contexto jurídico atual, principalmente para evitar que ao atender a legislação em um ponto específico não seja violado outro, como é o caso da busca e apreensão de aparelhos eletrônicos para obtenção de provas. Nesse exemplo o direito de propriedade é colocado em segundo plano sem necessidade, uma vez que a coleta de dados pode ser realizada e transferida para um *pen drive* e o aparelho rapidamente devolvido.

Diante da necessidade de atualização, atualmente tramita na Câmara Legislativa Projeto de Lei nº 8045/2010 sobre o novo Código de Processo Penal, com inserção de institutos próprios da era digital, como o Título “Da Interceptação das Comunicações

<sup>26</sup> OHN, Paul; BRENNER, Susan. *The Yale Law Journal*: Fourth Amendment Seizures of Computer Data. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1378402](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1378402). Acesso em 05 jul. 2020.

<sup>27</sup> BRASILEIRO, op. cit., p. 791.

<sup>28</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 794.





Telefônicas”, com previsão legal no Projeto de Lei, Capítulo III sobre “ OS MEIOS DE PROVA”<sup>29</sup>.

Discute-se também a implementação do Título “Prova Digital”, mas ainda está pendente no Projeto de Lei. Fato é que, essa temática contribuiria de forma robusta tanto para o ordenamento jurídico, no contexto amplo, como também em sentido estrito referente à suspensão dos serviços de comunicação tendo em vista ser tema oriundo da era digital.

Portanto, verifica-se que o Código de Processo Penal de 1941, carece de normas para orientar juridicamente os casos concretos atuais, uma vez que o contexto histórico revela o novo prisma no quesito técnico da prova. Sendo um destes a regulamentação da prova digital a qual na era atual constitui pauta indispensável e urgente para as investigações e produção de provas, principalmente no que tange a custódia de aparelhos eletrônicos ao atingir o direito de propriedade.

## CONCLUSÃO

Na presente pesquisa foi possível constatar que a suspensão dos serviços de comunicação por ordem judicial está acompanhada por fundamentos jurídicos usados de forma inapropriada e que também violam direitos amparados pela CRFB/88. Verificou-se que o sigilo das comunicações na era digital envolve questões técnicas que tornam a privacidade prioridade não só em âmbito jurídico, mas também no tecnológico. Além disso foi exposta a carência de normas direcionada a era digital no quesito de requisição de provas no Código de Processo Penal.

No primeiro capítulo contata-se que o debate sobre a suspensão dos serviços de comunicação recai sobre o texto legal, do qual não constitui permissão em hipótese alguma para imposição de sanções em decorrência do descumprimento de ordem judicial. Isso porque a Lei do Marco Civil da Internet tem como propósito a proteção dos usuários de internet, desse modo não pode ser usada em face destes violando o seu direito à privacidade e à comunicação. Apesar das diversas decisões aplicando inapropriadamente os dispositivos da referida lei o Supremo Tribunal Federal aponta no sentido de reforçar a aplicação correta dos dispositivos legais.

---

<sup>29</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8045/2010*. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=Tramitacao-PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=Tramitacao-PL+8045/2010). Acesso em: 06 jul. 2020.

Outra constatação em torno das decisões de suspensão dos serviços de telecomunicação com fundamento na Lei nº 12.065/2014 é que por serem medidas violadoras da CRFB/88 em que são aplicados equivocadamente os artigos 7º, II e 12, III e IV, são dispositivos inconstitucionais.

No segundo capítulo, debatido sobre a quebra do sigilo das comunicações na era digital concluiu-se que a privacidade deve ser protegida enquanto não houver mecanismo de interceptação exclusiva de usuários previamente determinados sem que viole a privacidade dos outros. Observou-se que o custo e a complexidade da aplicação do sistema para viabilizar a quebra do sigilo é alto e que os problemas dos quais exigem essa violação não são significantes o suficiente para compensar o custo.

Além de demonstrar que, em virtude dos meios tecnológicos serem predominantes no cenário atual, requer-se maior zelo pela privacidade e proteção da comunicação, o que é mais vantajoso de acordo com o contexto debatido, já que existem riscos invisíveis tornando os usuários vulneráveis. Como exemplo cristalino, apontou-se o sistema *backdoors*, usado por um terceiro clandestinamente para acompanhar o que um usuário específico está acessando.

Frisou-se que a criptografia existe como um avanço tecnológico e jurídico, pois genericamente de acordo com a era digital requer-se mais proteção à privacidade do que a fragilização dos meios que a tornam segura. Essa tem sido a principal premissa no ajuste da aplicação apropriada do MCI, como é o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin em voto proferido na defesa dos direitos fundamentais, ainda que a violação seja para fins de investigação criminal.

Por fim, no último capítulo tratou-se de apresentar a relevância da regulamentação da prova digital no ordenamento jurídico e constatou-se que essa positivação contribuiria de forma robusta para o ordenamento jurídico, tanto no contexto amplo, como também sem sentido estrito referente à suspensão dos serviços de comunicação tendo em vista ser tema oriundo da era digital.

A lacuna legal nesse prisma se explicou por contexto histórico, tendo em vista que o tempo é muito representativo na materialização do que é considerado “prova”, como é o caso do sistema *ordálico* citado por Tourilho filho. Além disso verificou-se que o Código de Processo Penal de 1941, carece de normas para orientar juridicamente os casos concretos atuais. Sendo um destes a regulamentação da prova digital, a qual na era atual, constitui pauta indispensável e urgente.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. (2013). *The right to privacy in the digital age*. Disponível em: <https://undocs.org/A/RES/68/167>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8045/2010*. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?Codteor=1638152&filename=Tramitacao-PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?Codteor=1638152&filename=Tramitacao-PL+8045/2010). Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal de 1941*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 06 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.965 de 2014*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 03 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.527 e ADPF nº 403*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4983282>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASILEIRO, Renato de Lima. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. ver., ampl e atual.- Salvador: Juspodium, 2020.

CAVALCANTI, Gustavo Henrique de Vasconcellos. *Validade jurídica das provas digitais no processo administrativo disciplinar*. Disponível em: [https://corregedorias.gov.br/assuntos/responsabilizacao-agentes-publicos/documentos/artigo\\_evidencias\\_digitais\\_no\\_pad.pdf](https://corregedorias.gov.br/assuntos/responsabilizacao-agentes-publicos/documentos/artigo_evidencias_digitais_no_pad.pdf). Acesso em: 05 jul. 2020.

CENTER FOR STRATEGIC AND INTERNATIONAL STUDIES. *The effect of Encryption on Lawful Access to Communications and Data*. Disponível em: [https://csis-website-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/170221\\_Lewis\\_EncryptionsEffect\\_Web.pdf?HQT76OwM4itFrLEIok6kZajkd5a.r.rE](https://csis-website-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/170221_Lewis_EncryptionsEffect_Web.pdf?HQT76OwM4itFrLEIok6kZajkd5a.r.rE). Acesso em: 05 jul. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet,. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: atlas, 2017.

MIT Libries. Disponível em: <https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/97690/MIT-CSAIL-TR-2015-026.pdf?sequence=8&isAllowed=y>. Acesso em: 03 jul. 2020.



OHN, Paul; BRENNER, Susan. *The Yale Law Journal: Fourth Amendment Seizures of Computer Data*. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1378402](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1378402). Acesso em: 05 jul. 2020.

PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 21ª. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Celina. *Marco Civil da Internet: comentários a jurisprudência*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2017.



## DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E A APLICAÇÃO DO DANO MORAL COMO CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO

Vanessa Duarte Santana

Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes.  
Advogada.

**Resumo** – a atual sociedade de consumo brasileira é de forma corriqueira levada a despende do seu tempo e a se desviar das suas atividades cotidianas para enfrentar problemas de consumo danosos gerados exclusivamente pelos próprios fornecedores, que cotidianamente, empregam práticas abusivas e colocam produtos e serviços com vício ou defeito no mercado de consumo. Ademais, muitos desses fornecedores, diante da objeção do consumidor, ainda resistem à rápida e efetiva resolução desses problemas de consumo que eles próprios geram. Tal comportamento ultrapassa os contratempos normais na vida do consumidor do cotidiano, eis que o fornecedor não atende de forma adequada ao consumidor e se esquivava da responsabilidade de deslinde em tempo hábil. Enfatiza-se que tais condutas caracterizam o “desvio produtivo do consumidor”, ou seja, configura um prejuízo de natureza existencial, uma vez que o tempo é um recurso produtivo limitado que não pode ser cumulativo, tampouco recuperado ao longo da vida das pessoas, sendo, portanto, cabível a indenização *in re ipsa*, ou seja, proveniente do próprio evento danoso causado pelos fornecedores e, não apenas um mero aborrecimento como é ainda aplicado em algumas decisões nos Tribunais pátrios reforçando o comportamento abominável dos fornecedores.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Direito do Consumidor. Desvio produtivo do consumidor. Responsabilidade civil pela perda do tempo. Dano que ultrapassa a esfera patrimonial. Jurisprudência do “mero dissabor”.

**Sumário** – Introdução. 1. Do Direito comparado e a relevância do caráter punitivo e pedagógico. 2. Do posicionamento do STJ e resistências em alguns tribunais na aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. 3. Os prejuízos sociais da não aplicação da não punição civil da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a arbitrariedade, abusividade e péssimas prestações de serviço por parte de muitas empresas que vem aumentando e, são incontáveis os desgastes que a sociedade vem tendo com a resistência das empresas em solucionar o conflito de forma simples e administrativa, tornando todo o processo dessas celeumas do dia a dia um verdadeiro transtorno na vida do consumidor, fazendo com que esse venha acionar o judiciário para ter o seu direito devidamente suprido, perdendo o seu tempo vital, enfatiza-se que tempo é um recurso produtivo limitado que não pode ser cumulativo, ou ainda adiando ou suprimindo tarefas do cotidiano, desviando as suas competências dessas atividades, assumindo deveres e despesas do fornecedor para lutar contra o problema lesivo,

sobrecarregando-se para solucionar questões que se deram exclusivamente por parte da empresa.

Com isso Marcos Dessaune criou a expressão “Desvio produtivo do consumidor”, ou seja, significa, portanto, que o evento danoso criado por parte das empresas, fazem com que o consumidor, parte mais vulnerável da relação, abra mão do seu tempo existencial para resolver conflitos que muitas vezes só conseguem ser solucionados com intervenção da máquina estatal. Esse uso do tempo que o consumidor abre mão em sua vida do seu trabalho, estudo, lazer, em suma, toda sua vida e rotina para solucionar os conflitos, ultrapassam a esfera patrimonial, gerando indenização *in re ipsa*, pois a não condenação da empresa em dano moral, reforçaria os maus serviços prestados.

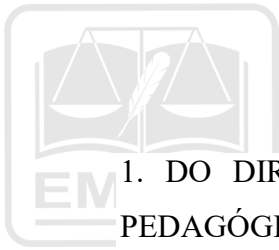
No primeiro capítulo, busca-se expor e analisar o Direito comparado, coadunando a relevância do dano moral como caráter punitivo pedagógico, defendendo que o dano moral se aplicado de forma punitiva com valores relevantes para grandes empresas terá mais eficácia no combate as condutas abusivas e arbitrárias dos fornecedores.

No segundo capítulo será apresentado o posicionamento do STJ no que tange a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor e resistência dos tribunais na aplicação da teoria em comento, notadamente o combate ao resquício histórico das decisões fundamentadas em mero dissabor ou desdém no tocante o tempo útil do consumidor que desvia de suas tarefas pessoais e profissionais para resolver os problemas ocasionados por mega empresas e acaba não tendo o dano moral reconhecido, sob o fundamento que o seu prejuízo produziu efeitos apenas patrimoniais.

No terceiro capítulo será analisado o enfrentamento diário do consumidor com grandes empresas, sendo indubitavelmente que àquele merece maior e melhor proteção, tendo em vista que o martírio que o consumidor percorre para resolver os problemas de uma grande empresa que lhe colocou nessa situação é desproporcional, eis que deve ser considerado a hipossuficiência do cliente em relação a uma empresa de grande porte.

A pesquisa é desenvolvida de forma que traga reais contribuições para a comunidade acadêmica por meio do aprofundamento do conhecimento do objeto da pesquisa, utilizando-se o método hipotético-dedutivo, com o fito de comprová-lo ou rejeitá-lo argumentativamente.

Quanto a abordagem, será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer de fontes bibliográficas existentes e pertinentes à temática em foco para sustentar sua tese.



## 1. DO DIREITO COMPARADO E DA RELEVÂNCIA DO CARÁTER PUNITIVO PEDAGÓGICO

A proteção do direito do consumidor já subsiste no âmbito social praticamente desde os primórdios da humanidade, pois já podia ser observado no Código de Hamurábi<sup>1</sup>, texto oriundo da mesopotâmia criado aproximadamente em 1772 a.C. no qual continha regras como se verifica por exemplo nos artigos 229 e 233 que podem ser percebidas a chamada responsabilidade objetiva<sup>2</sup>:

Art. 229 – Se um pedreiro edificou uma casa para um homem mas não a fortificou e a casa caiu e matou seu dono, esse pedreiro será morto.

Art. 233 – Se um pedreiro construiu uma casa para um homem e não executou o trabalho adequadamente e o muro ruiu, esse pedreiro fortificará o muro às suas custas.

Hoje, no Brasil, essa responsabilidade objetiva está hoje consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, com exceção da pena que o Código de Hamurabi previa.

Igualmente ao Brasil<sup>3</sup>, a maioria dos países europeus, tem a boa-fé, como pilar dos contratos de consumo, na Espanha, o artigo 10 da *Lei General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* ampara tal princípio. Também a título de exemplo, em Portugal o Decreto-Lei 446/85 veda as cláusulas contratuais antagônicas à boa-fé. No entanto, rompendo o padrão a Itália trata cláusulas abusivas nos contratos de consumo não sendo nulas de pleno direito. Segundo o artigo 1.341 do Código Civil Italiano, as cláusulas abusivas podem ter eficácia, uma vez que especificamente aprovadas por escrito, sendo que a “aprovação”, nesse sentido, traduz a ideia de consentimento.

É possível dizer que os primeiros<sup>4</sup> movimentos consumeristas de que se tem notícia originaram-se nos EUA, no final do séc. XIX, mas o que deve ser enfatizado é quando o ex presidente Kennedy, em 1962, emitiu uma mensagem ao Congresso Americano, com o início do marco hoje chamado de consumerismo. A mensagem presidencial dizia que “consumidores somos nós”, eis que a todo momento a sociedade pratica inúmeras relações de consumo, nessa toada os consumidores seriam o maior grupo da economia, afetando e sendo afetados por quase todas as decisões econômicas, sejam elas públicas ou privadas. No entanto

<sup>1</sup> GUGLINSKI, Vitor. *Breve histórico do Direito do Consumidor e origens do CDC*. Disponível em: <<https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/112106596/breve-historico-do-direito-do-consumidor-e-origens-do-cdc>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid.

seria o único grupo importante para a economia sem uma organização eficaz. Todavia esse grupo merecia a proteção, sendo rogado na mensagem ao Congresso para que o Estado atentasse para as necessidades do grupo listando<sup>5</sup> uma série de direitos fundamentais, quais sejam: Direito à saúde e à segurança; Direito à informação; Direito à escolha; Direito a ser ouvido.

Com a instituição de proteção do consumidor, nota-se grande valorização<sup>6</sup> do consumidor nos Estados Unidos, enfatiza-se que os julgadores norte-americanos analisam de forma pragmática para condenação de dano moral sob 3 objetivos: a recomposição da vítima, a punição do ofendido e, finalmente, desestimular a repetição da conduta. É por isso<sup>7</sup> que os valores fixados à título de danos morais nos Estados Unidos revelam-se vultosos.

Assim, a título de exemplo<sup>8</sup> cabe destacar o caso em que uma famosa rede de fast-food daquele país foi obrigada a pagar uma indenização milionária a um consumidor que teria se queimado ao ingerir café muito quente, servido pela lanchonete, outro caso foi com a BMW North America que foi condenada ao pagamento de US\$ 2.000.000,00 (dois milhões de dólares) a título de danos punitivos a um consumidor, que foi lesado, por parte da distribuidora americana dos veículos BMW, acerca da nova pintura realizada em seu veículo, ocorrida em função de pequenas avarias resultantes da importação do veículo da fábrica alemã.

Impende salientar que o ressarcimento/compensação cabe aos chamados danos compensatórios que, nos EUA<sup>9</sup>, compreendem os chamados “danos econômicos” e os “danos não econômicos”, que, no Brasil, têm como correspondentes, os danos materiais e os danos morais, respectivamente, nessa toada, é incontroverso que o sistema adotado pelos norte-americanos é acertado, tendo em vista a eficácia que as empresas nos EUA agem para solucionar um problema com o consumidor, eis que em virtude do alto valor das indenizações aplicadas advinda da teoria do desestímulo que é a aplicação de danos punitivos ou exemplares ao fornecedor que age com desprezo com o consumidor, os danos pagos ao consumidor tem relevância econômica para empresa.

Enquanto que no Brasil, as indenizações de cunho punitivo são aplicadas pelos tribunais de forma tímida, ou em muitas vezes nem são aplicadas, com fundamento legal que

---

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> MANENTE, Luiz Virgílio P. Penteadó; BARBUTO NETO, Antônio Marzagão. *O caráter punitivo da indenização por dano moral nos EUA*. Disponível em: < <http://www.sedep.com.br/artigos/o-carater-punitivo-da-indenizacao-por-dano-moral-nos-eua/>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid





o estresse vivido pelo consumidor não ultrapassou a esfera patrimonial, como se fosse normal o consumidor ficar horas no telefone com os funcionários de uma instituição financeira que lhe cobra algo de forma indevida, seja em seu cartão de crédito, seja com taxas não contratadas descontadas diretamente de sua conta corrente:

Nesse contexto, supõe que tais empresas de grande porte no Brasil, agem dessa maneira movidas pelo desejo consciente de lucrar sempre mais, estando geralmente amparadas por um cálculo estatístico que, baseado em demandas administrativas e judiciais anteriores, demonstra que a relação custo-benefício da sua inércia operacional.<sup>10</sup>

Conseqüentemente, com as indenizações aplicadas pelo judiciário de valor ínfimo para grandes empresas, fortalece a má prestação dos serviços e muitas vezes o enriquecimento sem causa da empresa. Repisa-se que compensa o fornecedor ser demandado por uma parcela da população, no qual terá que pagar uma indenização baixa, todavia obterá lucro, tendo em vista que a maioria dos consumidores não entram com uma ação judicial, seja por desgaste psíquico que terão, seja porque o valor a título de dano moral não compensa o tempo que irão ter que desperdiçar, separando documentos distribuir uma ação, contatando um advogado, indo em uma audiência, etc.

Com o resquício histórico de muitos tribunais, com decisões fundamentadas em “mero dissabor”, não é coerente para o consumidor desviar de suas tarefas diárias, processando uma empresa que está lhe causando problemas, uma vez que corre o risco de ter o seu pedido de dano moral julgado improcedente, sob o fundamento de mero aborrecimento do cotidiano.

O que deve ser frisado é que além do consumidor ser a parte mais importante da relação, como é tratado pelos EUA, deve ter os serviços contratados atendidos da forma mais irretocável possível atentando-se para extinguir o enriquecimento sem causa ou ilícito do fornecedor.

Ademais, deve ser evitado que o Poder Judiciário torne-se uma espécie de *call center* às avessas das empresas que não respeitam o consumidor, logo é imprescindível abonar o espírito da lógica do mero dissabor, sobretudo a considerar a indenização cabível ao cidadão pelo desvio produtivo do seu tempo nas relações de consumo, como quimeras decorrentes da banalização da indústria do dano moral e não uma elevada retomada de consciência para blindar o cidadão das estratégias nocivas de mercantilizar os seus vícios reiterados de falhas de serviços e defeitos de mercadoria.

---

<sup>10</sup> DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do Consumidor*. 2. ed. Vitória: [s.n.], 2017. p. 82.

## 2. DO POSICIONAMENTO DO STJ E RESISTÊNCIAS EM ALGUNS TRIBUNAIS NA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO

O Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a Teoria do Desvio produtivo do Consumidor pela primeira vez em 12/9/2017, no julgamento colegiado do REsp nº 1.634.851/RJ pela 3ª Turma do STJ<sup>11</sup>, sob a relatoria da ministra Nancy Andrichi, ou seja, a teoria já vem sendo abraçada pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça, porém em alguns tribunais não é considerado o tempo útil do consumidor para resolver os deslindes causados por empresas de grande porte.

Como exemplo do processo nº 0059829-40.2019.8.19.0001<sup>12</sup> do TJRJ, o banco Bradesco que enviou três cartões de crédito para a casa da consumidora, sem a solicitação prévia desta, todavia a consumidora ao refutar tal conduta da empresa e pleitear os seus direitos junto ao Poder Judiciário, eis que houve também desconto de anuidades em sua conta corrente sem desbloqueio dos cartões, se surpreende com a sentença lhe negando o dano moral, ou seja, houve total desrespeito a consumidora pelo banco. Não fora observado pelo Judiciário, teor de Súmula do STJ e tampouco o tempo despendido da consumidora para resolução de algo proveniente unicamente de uma conduta ilícita de uma grande instituição financeira.

De acordo com a Súmula nº 532 do STJ<sup>13</sup> constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa. Nesse sentido, no processo mencionado não fora aplicado o teor da teoria, tampouco da Súmula, com o fundamento que o dano da consumidora ocorreu apenas na esfera patrimonial.

Como pondera o autor Wesley Louzada Bernardo<sup>14</sup> qualquer lesão, a algum campo da personalidade, protegida pela cláusula geral de tutela da pessoa humana, mesmo que independa de especificidade, encontra-se tipificado em norma constitucional ou

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.634.851*. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549846885/recurso-especial-resp-1634851-rj-2015-0226273-9/inteiro-teor-549846894?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

<sup>12</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0059829-40.2019.8.19.0001*. Terceira Turma Recursal. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=20197005411250>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 532*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>14</sup> BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios da fixação de valor*. Biblioteca de teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 37-38.



infraconstitucional, ensejaria dano moral, seja de forma preventiva, com medidas que fizessem cessar ou até mesmo evitar a agressão, ou de forma repressiva, com a indenização que vise a reparação do injusto causado.

Nesse sentido, não deve ser aceito que uma empresa que age em desconformidade, fazendo seja descontos indevidos, seja não fornecendo o produto de forma adequada e mesmo depois de reclamação administrativa tem que acionar a máquina estatal para valer o seu direito, não pode ser chancelado pelo poder judiciário, eis que o consumidor vulnerável é levado ao estresse abalando sua rotina, caracterizando o dano moral.

A jurisprudência do STJ vem se posicionando da seguinte forma:

[...] Civil. Dano Moral. Não ocorrência. O mero dissabor não pode ser alcançado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão exacerbada a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem se dirige não é necessário que o prejuízo tenha repercussão econômica para a vítima.<sup>15</sup>

Para Marcos Dessaune<sup>16</sup> um número expressivo de consumidores, embora se sentindo insatisfeitos ou lesado nessas situações de mau atendimento, simplesmente não reclamam por motivos como a falta de tempo, o custo benefício envolvido, a vergonha, o temor de represálias, o comodismo, o ceticismo, o conformismo.

Tal quadro é agravado e na prática estimulado pela morosidade e pelas módicas condenações que os fornecedores já esperam da justiça brasileira, que na maioria dos casos reconhece, embora quase sempre tardiamente, o direito daqueles consumidores que, em verdadeira peregrinação, perseveram na luta para reaver minimamente os bens da vida que foram privados.

Diante dessa realidade, muitos fornecedores, mesmo conscientes de situações potencial ou efetivamente danosas para o consumidor, adotam a conduta de esquivar-se de responsabilidade pelos problemas de consumo que criaram, deixando para o consumidor o custo temporal, operacional e material de saná-los.

É inegável que um banco que faz uma cobrança indevida de um cartão de crédito nunca solicitado e não desbloqueado, começa a descontar anuidade diretamente da conta corrente da cliente e não é punido pedagogicamente a fim de reprimir tal prática da instituição financeira e, apenas tem que devolver o que foi descontado indevidamente, de forma simples,

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *REsp nº 215666 RJ 1999/0044982-7*. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/301049/recurso-especial-resp-215666-rj-1999-0044982-7>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

<sup>16</sup> DESSAUNE, op. cit., p. 67.

acaba lucrando de forma ilícita com a prática, pois os clientes que reclamam são a minoria, uma vez que o custo benefício envolvido não valerá a pena e a falta de tempo de se deslocarem para uma audiência, contratar um advogado, eis que mesmo podendo ser resolvido na esfera dos juizados especiais, poucas pessoas acionam a máquina do judiciário sem um advogado, devido a falta de conhecimento e até mesmo segurança para poder pleitear um direito sozinhos.

Tal conduta do judiciário reforça o comportamento arbitrário do banco, e de demais empresas de grande porte, que agem dessa maneira movidas pela aspiração de lucrar e, segundo Dessaune<sup>17</sup>, geralmente empresas estão amparadas por um cálculo estatístico que, baseadas em demandas administrativas e judiciais, demonstra que o custo benefício da sua inércia operacional, aliada à sua estratégia jurídica de resistir às legítimas reclamações dos consumidores, é bastante vantajosa economicamente.

Ou seja, se a cada 100 pessoas que o banco realiza um desconto indevido, 30% reclamarem, o banco acabou lucrando, pois segundo essa sentença por exemplo apenas teria que devolver de forma simples o que foi indevidamente descontado.

A cobrança de qualquer valor, na conta corrente de um consumidor que é surpreendido com o saldo reduzido já seria suficiente para ensejar em dano moral. Nesse sentido, o fornecimento ou serviço de qualidade ao consumidor tem o poder de liberar os recursos produtivos que ele, consumidor, utilizaria para produzi-lo para uso próprio, assim permitindo que ele empregue o seu tempo em outras atividades de sua livre competência e escolha.

Segundo o Boletim Sindec 2015<sup>18</sup>, divulgado pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) do Ministério da Justiça, divulgou em fevereiro de 2016, contendo a análise dos 2.532.652 demandas administrativas que os consumidores brasileiros levaram aos Procons integrados ao Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (Sindec). O Boletim revelou que somente essas empresas gigantes foram responsáveis por 1.082.218 dos 2.532.632 de reclamações dos consumidores no período em análise, isto é, 42,8% de todas as reclamações registradas em 2015.

Enfatiza-se que ao analisar a publicação as cinco atividades econômicas mais reclamadas em todo Brasil são exercidas<sup>19</sup> por megaforneecedores de telefonia celular, telefonia fixa, de cartão de crédito, de TV por assinatura além de bancos comerciais. Ao

---

<sup>17</sup> Ibid., p. 82.

<sup>18</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. *Boletim Sindec 2015*. Secretaria Nacional do Consumidor. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mais-de-2-6-milhoes-de-consumidores-foram-atendidos-nos-procons- em 2015/BoletimSindec20152.pdf>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

<sup>19</sup> DESSAUNE, op. cit., p. 79



verificar os dados do boletim, verificou-se que os problemas com cobrança são os mais reclamados pelos consumidores, sendo responsáveis por 39,2% das reclamações.

Esses grandes fornecedores, se utilizam<sup>20</sup> da sua superioridade de mercado para transferir para o consumidor o custo temporal, operacional e material de sanar o vício de seu produto ou serviço, o dano decorrente de um defeito nele ou a consequência danosa de uma prática abusiva, em princípio alcançam lucro injustificado às custas dos consumidores.

### 3. OS PREJUÍZOS SOCIAIS DA NÃO APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO CIVIL DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

O incidente da globalização não envolve apenas a economia, mas também a relação entre a sociedade e os métodos de consumo. A demanda por novos modelos de produção, processos de publicidade e vendas facilitou o acesso conveniente aos consumidores por produtos e serviços antes inimagináveis, com base no antigo modelo de consumo. Esses comportamentos criaram grande competitividade no fornecimento de produtos ou serviços ao mercado consumidor.

Portanto, José Afonso da Silva<sup>21</sup> afirma que a proteção dos consumidores se deve às razões econômicas causadas pela atual forma de comércio e pela sociedade de consumo em que estamos inseridos.

Nessas circunstâncias, o movimento do consumidor está em constante evolução para forçá-lo a expandir e implementar a legislação e as políticas de proteção ao consumidor, tanto nacional quanto internacionalmente. “Os consumidores podem ser definidos como pessoas com uma posição fraca e estruturalmente subordinada em relação aos produtores de bens ou serviços de consumo.”<sup>22</sup>

Cabe trazer à baila que na ausência de um mercado perfeitamente competitivo, as perdas sofridas pelos consumidores seriam óbvias porque os preços do consumo e dos bens adquiridos caíam. Isso ocorre porque a concorrência força os preços a cair e exige que os agentes se esforcem continuamente para melhorar suas capacidades de qualidade e inovação. Por outro lado, do ponto de vista da distribuição geral de recursos, a sociedade também sofrerá perdas devido à falta desses mercados.

---

<sup>20</sup> Ibid., p. 82.

<sup>21</sup> SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 263.

<sup>22</sup> GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 17ed. São Paulo:Malheiros, 2015, p. 251.



Ao excluir uma variedade de consumidores que não desejam ou não podem comprar produtos a novos preços do uso do produto, ocorrerão perdas sociais.<sup>23</sup>

A Constituição Federal de 1988<sup>24</sup>, em seu artigo 5º, XXXII tornou a proteção do consumidor direito e garantias básicos. Portanto, nesse contexto, podemos entender que o ordenamento jurídico brasileiro promove os consumidores ao status de direitos básicos de terceira dimensão, como direitos transindividuais, e estipula que o Estado deve defender esses direitos de sujeito na implementação de políticas públicas Obrigações.

A missão de qualquer fornecedor hoje, amparada pelo ordenamento jurídico brasileiro é contribuir para uma vida com dignidade, promover a felicidade e fazer as pessoas satisfazerem as necessidades de seus consumidores, desde que exista o suprimento quociente. Devido à especialização do conhecimento e das atividades desenvolvidas no contexto social, o processo de interdependência entre os indivíduos é cada vez mais fortalecido e as pessoas usam cada vez mais a comunicação de produtos, serviços, para atingir seus objetivos, proporcionando dignidade e bem-estar. Portanto, a qualidade inerente dos produtos produzidos e os serviços prestados e a missão do fornecedor em cumprir com esses projetos.

No entanto, os fornecedores adotaram uma posição contrária à autorização para fornecer um meio de promover o bem-estar do consumidor. Estes últimos estão imersos na busca de soluções para os mais diversos obstáculos e, devido aos obstáculos causados pelos próprios fornecedores, sejam devido ao preparo insuficiente, desatenção, negligência ou quiçá maldade, gastam muito tempo.

Quando o fornecedor não realiza de forma adequada essa tarefa tirando muito tempo do consumidor, isso leva à transferência de atividades de produção, que começa a resolver o impasse que ele não causou e desperdiça o tempo que deve ser gasto. Os fornecedores devem fornecer produtos e serviços de qualidade para atender às necessidades e expectativas legais dos consumidores, eis que o tempo do consumidor deve ser gasto com atividades e interesses de sua escolha e não resolvendo os problemas oriundos de itens fornecidos com vícios ou com defeito ou praticar abusos que não atendam aos requisitos estipulados na Lei de Proteção ao Consumidor e lhes causando perdas.

Além disso, os consumidores estão dedicando parte de seu tempo resolvendo situações geradas por problemas causados pela má qualidade do serviço ou falha dos produtos adquiridos. Essa situação é um exemplo de baixos níveis de serviço.

---

<sup>23</sup> NUSDEO ,Ana Maria de Oliveira. *A regulação e o Direito da Concorrência*. São Paulo:Malheiros, 2006, p. 163.

<sup>24</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2020.



Por conseguinte, sobre a esfera da temática da teoria do desvio produtivo do consumidor, cabe mencionar o dano existencial, que originou-se na Itália e, segundo o Amares Alves de Almeida Neto<sup>25</sup>, consiste de forma ampliada do conceito de dano à vida, que para ser configurado não é necessário que o prejuízo tenha repercussão econômica para a vítima.

Para entender o instituto do dano existencial faz-se necessário entender que é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal, ou ainda a ordem social. Nessa toada, significa dizer que é uma afetação negativa<sup>26</sup>, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, ou um conjunto delas, que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, transformou a forma que seria realizado ou tendo de suprimir sua rotina.

Com efeito, vale salientar que o dano existencial se consubstancia na alteração relevante da qualidade de vida, vale dizer, em ter que agir de outra forma ou em um não poder mais fazer como antes, repercutindo de forma constante e permanente sobre a existência do indivíduo, ou ainda, uma limitação prejudicial, qualitativa e quantitativa, no qual o indivíduo sofre no cotidiano.

O tempo vital do consumidor, assim como suas atividades existenciais, são bens constitucionais passíveis de indenização, esses bens uma vez feridos e demonstrados a sua lesão antijurídica deve ter a devida responsabilização civil do fornecedor que ocasionou o dano e não um mero dissabor normal na vida do indivíduo consumidor.

É importante perceber que a consequência<sup>27</sup> prática da não responsabilização, é o estímulo transmitido aos fornecedores em geral, no sentido de que eventos danosos de desvio produtivo do consumidor podem ser gerados e proliferados livremente no mercado de consumo, além da banalização que a sociedade em geral vivencia experiências nocivas de desvio produtivo do consumidor, por conseguinte, os fornecedores ficam mais desinibidos para disseminarem pelo mercado.

Por fim, a não repressão das condutas abusivas, também fortalecem sentimentos de frustração, estresse e irritação do consumidor que perde sua liberdade de escolha para

<sup>25</sup> ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. *Revista dos Tribunais*, V.6. n° 24, São Paulo: RT, 2005. p. 127.

<sup>26</sup> SOARES, Flávia Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p. 46.

<sup>27</sup> DESSAUNE, op. cit., p. 267.

desenvolver o seu tempo nas atividades que tem mais apreço, o que impacta diretamente na sua felicidade, sendo esse último, direito fundamental implícito pela Constituição de 1988.

## CONCLUSÃO

É notório ainda o descaso das empresas com o consumidor, mesmo após a promulgação de institutos próprios para defesa dos interesses desses, nesse sentido, quando o consumidor busca reagir a um mau atendimento de uma empresa, notadamente buscando auxílio na justiça ou do Procon, deve ser devidamente ressarcido, eis que estaria apenas exercendo um direito reconhecido, tendo em vista que o tempo é o pilar, a viga mestra, para o indivíduo desenvolver suas atividades essenciais, sendo este tempo vital, por se tratar de um bem que não pode ser recuperado ao longo da vida, é o verdadeiro capital de uma pessoa.

Dano moral está intrinsecamente ligado a parte psíquica do indivíduo como aborda o autor, pois estudos sobre o tema exemplifica que ansiedade e depressão podem ter origem em uma lesão física, quanto em um distúrbio social provocado por estresse. Enfatize-se que essas situações de estresse pela *via crucis* percorrida pelo consumidor para resolver os problemas das grandes empresas ultrapassam a esfera do dano patrimonial, sendo, portanto, equivocada as decisões que tratam muitos casos como mero aborrecimento, visto que deve ser recompensado para manter ou restabelecer a própria dignidade, com intuito de evitar que o fato danoso se repita com ele ou ainda com outros consumidores.

Tal responsabilidade aos fornecedores deve se dar de forma preventiva e punitiva, sendo a função do Judiciário e dos órgãos de proteção ao consumidor apoiarem e nunca o censurarem, fazendo com que as empresas paguem pelo prejuízo causado ao consumidor, independente de culpa, ressaltando os profissionais liberais que não estão dentro dessa regra geral de responsabilidade objetiva, ambicionando sempre o equilíbrio nessas relações de consumo.

O consumidor que é tratado condignamente e atendido de forma qualitativa tende a se tornar um parceiro fiel da empresa, inexistindo, portanto, motivos para que se insurja contra elas, gerando assim uma relação mútua de respeito e ética entre ambas as partes fornecedor/consumidor.

Por derradeiro, com base em todo o exposto é possível observar a aderência da Teoria do desvio produtivo do consumidor ao ser reconhecida pelo STJ, deve-se ser mais aderida pelos tribunais pátrios, para que não exima o fornecedor de prestar serviços qualitativos. Já que essas pessoas sofreram um dano coletivo ao ter o seu tempo subtraído de forma abusiva e





injusta, tendo em vista que não há como negar a importância do tempo enquanto instituto componente da própria personalidade humana, integrando os direitos fundamentais tutelados constitucionalmente. Afinal, o tempo é a expressão mensurável da própria vida. E não há direito personalíssimo maior do que a vida de um ser humano. Logo, qualquer interferência indevida de um terceiro, principalmente de grandes empresas, no qual ensejar o desperdício intolerável do tempo livre do indivíduo/consumidor, cabendo também salientar o consumidor por equiparação, é situação apta a gerar dano potencial, sob a perspectiva do princípio da função social.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. V. 6, nº 24, São Paulo: RT, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios da fixação de valor*. Biblioteca de teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. *Boletim Sindec 2015*. Secretaria Nacional do Consumidor. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mais-de-2-6-milhoes-de-consumidores-foram-atendidos-nos-procons-em-2015/BoletimSindec20152.pdf>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Justiça. *REsp nº 1.634.851*. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549846885/recurso-especial-resp-1634851-rj-2015-0226273-9/inteiro-teor-549846894?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Justiça. *Resp nº 215666 RJ 1999/0044982-7*. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/301049/recurso-especial-resp-215666-rj-1999-0044982-7>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 532. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0059829-40.2019.8.19.0001*. Terceira Turma Recursal. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=20197005411250>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do Consumidor*, 2. ed. Vitória: [s.n.], 2017.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 17ed. São Paulo:Malheiros, 2015.

GUGLINSKI, Vitor. *Breve histórico do Direito do Consumidor e origens do CDC*. Disponível em: < <https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/112106596/breve-historico-do-direito-do-consumidor-e-origens-do-cdc> >. Acesso em: 20 mai. 2020.

MANENTE, Luiz Virgílio P. Penteado; BARBUTO NETO, Antônio Marzagão. *O caráter punitivo da indenização por dano moral nos EUA*. Disponível em:< <http://www.sedep.com.br/artigos/o-carater-punitivo-da-indenizacao-por-dano-moral-nos-eua/>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *A regulação e o Direito da Concorrência*. São Paulo:Malheiros, 2006.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SOARES, Flávia Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.



## LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR AO APLICAR AS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

Victor Baims Machado da Costa

Graduado pela Faculdade de Direito da  
Universidade Católica de Petrópolis.  
Advogado.

**Resumo** – o Código de Processo Civil trouxe uma cláusula geral de aplicação de medidas executivas atípicas, cabendo a discricionariedade do juiz dosar sua utilização. Porém, para todo preceito legal existe a imposição de limites, ainda que não estejam definidos pela lei positiva. Desta forma, cabe ao juiz a observância de diversas balizas impostas pelo ordenamento jurídico como um todo, tais como os princípios constitucionais, princípios específicos da execução, explanações doutrinárias e as balizas jurisprudenciais. Uma medida executiva atípica não pode ser aplicada sem que seja observada a proporcionalidade e razoabilidade, sendo necessária uma fundamentação exaustiva para tanto. Além do mais, esse tipo de medida deve ser aplicada de maneira subsidiária, apenas quando não for possível aplicar mais nenhuma outra medida executiva típica. Por fim, a jurisprudência tem definido alguns limites para casos em que julgou a legitimidade da aplicação da retenção da Carteira Nacional de Habilitação e passaporte do devedor, como forma de coação para pagar determinada dívida, sendo certo que a análise sempre passará pelas peculiaridades do caso concreto.

**Palavras-chave**– Direito Processual Civil. Direito Constitucional. Medidas Executivas Atípicas. Discricionariedade.

**Sumário** – Introdução. 1. Proporcionalidade e Razoabilidade como fundamento das decisões dos magistrados. 2. Caracterização de medida executiva atípica arbitrária. 3. Existência de limites jurisprudenciais impostos ao magistrado na aplicação de medidas executivas atípicas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a discricionariedade na aplicação das medidas executivas atípicas. Trata, especificamente, sobre a necessidade de imposição de limites na atuação do magistrado ao aplicar tais medidas.

O CPC/2015 trouxe no seu artigo 139, IV a possibilidade de o juiz aplicar medidas executivas não previstas no Código de Processo Civil para compelir o executado a cumprir determinada decisão. Contudo, o tema é muito novo e pouco debatido na jurisprudência, ainda não existem balizas adequadas aos limites da discricionariedade do juiz nessa atuação.

Destarte, vem surgindo diversos casos em que o magistrado de 1ª instância fixa medidas executivas atípicas que fogem dos limites da proporcionalidade e razoabilidade, bem



como ferem direitos constitucionais, tais quais a dignidade da pessoa humana e o direito de liberdade.

Tais decisões, sem respeitar os limites do razoável, vem criando uma falsa impressão de que o Poder Judiciário tem poderes ilimitados, podendo impor medidas da maneira que bem entender.

Ainda que o Código de Processo Civil de 2015 contemple o sistema de cláusulas abertas (Direito Processual Civil Constitucional) a serem contempladas por preceitos constitucionais, isso não é motivo suficiente para o magistrado julgar como bem entender, sem fundamentar exaustivamente a pertinência de sua decisão com o caso concreto. As decisões baseadas em conceitos jurídicos indeterminados devem ser exaustivamente fundamentadas, sob pena de violação do artigo 93, IX da CRFB/88 e o artigo 20 da LINDB.

O presente trabalho visa debater a necessidade de imposição de um limite na discricionariedade do magistrado ao aplicar uma medida executiva atípica, para que não seja oportunizado um excesso pelo Poder Público.

Em suma, por mais que a aplicação dessas medidas seja discricionária e de fundamentação aberta, isso não é uma carta branca ao juiz para decidir sem respeitar os limites impostos pelo ordenamento jurídico, seja pelos princípios constitucionais implícitos e explícitos, seja pelas leis.

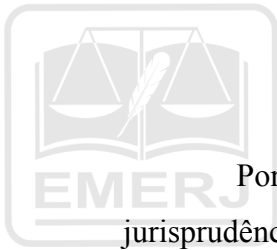
O primeiro capítulo tem o objetivo de demonstrar o porquê se deve fundamentar exaustivamente uma decisão com base na proporcionalidade e razoabilidade, sob pena dela tornar-se uma arbitrariedade camuflada de preceito constitucional.

Já no segundo capítulo, a finalidade é discutir sobre o que são medidas executivas abusivas, para demonstrar que o magistrado não pode determinar uma medida sem que tenha um mínimo de vinculação com o caso concreto.

Por fim, o terceiro capítulo visa apresentar os limites já traçados pela jurisprudência, ainda que estes sejam insuficientes para limitar adequadamente na atuação do magistrado.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita traduzirem parte da realidade do ordenamento jurídico brasileiro, apresentando um problema e aprofundando no debate de uma possível solução.

Ademais, o trabalho será feito sobre a abordagem qualitativa, isto é, serão analisados fatos ocorridos na prática judiciária, sendo certo que não é possível traduzi-los em números para trazer uma resposta estatística.



Por fim, a pesquisa será trabalhada dentro da bibliografia apresentada, bem como atual jurisprudência do STJ sobre o tema.

## 1. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES DOS MAGISTRADOS.

Dentro de um processo judicial, a principal função de um juiz é o exercício da jurisdição. Em um grande resumo do que seria esse trabalho primordial do magistrado, pode-se sintetizar em aplicar o Direito para o conflito no caso concreto.

O Direito de um país consiste em seu ordenamento jurídico, sendo certo que este é composto de leis, tratados, princípios, regras e sua Constituição. O ordenamento jurídico brasileiro é majoritariamente formado pelas leis produzidas pelo Poder Legislativo. A legislação de um país tem a finalidade de regular as diversas relações sociais travadas durante o dia a dia pelas pessoas.

Contudo, a lei não consegue antever todos os problemas e relações sociais existentes. Ou seja, sempre é necessário que o magistrado, ao interpretar a lei no caso concreto, realize uma espécie de medida criativa. Isto é, que ele utilize um pouco de discricionariedade e entendimento pessoal de como a lei deve ser aplicada, ainda que não tenha uma previsão legal literal do que foi decidido.

Desta forma, pode-se dizer que em toda decisão o magistrado goza da possibilidade de se valer de sua discricionariedade, para assim aplicar a lei buscando sempre o ideal de Justiça conforme o Direito vigente.

Importante destacar que essa discricionariedade do magistrado não é ampla e irrestrita, encontrando balizas no próprio ordenamento jurídico, por meio de princípios. Por sua vez, estes têm o fito de fugir do legalismo acrítico e complementar as previsões legais para que se adequem ao conflito em julgamento.

Nas palavras de Rodolfo Kronenberg Hartmann<sup>1</sup>:

Assim, em razão do intento de se atender mais satisfatoriamente aos ideais de justiça, de equidade ou mesmo de qualquer dimensão moral, é que se reconhece a importância cada vez maior dos princípios na aplicação diuturna da ciência jurídica pelos profissionais do Direito, já que é sabidamente impossível confiar apenas ao legislador a árdua missão de regular todas as situações possíveis no mundo fático.

---

1. HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo do novo processo civil*. 4.ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 9.

Ainda, o doutrinador, ao abordar os princípios, conclui<sup>2</sup>: “E, em conclusão, os mesmos devem ser considerados como mandados de otimização, ou seja, normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas reais e existentes”.

A fundamentação de decisões com base em princípios demanda um maior cuidado, pois estes são conceitos indeterminados, sem uma definição legal do seu conteúdo e seu alcance. Logo, cabe ao magistrado definir a extensão de sua aplicação no caso concreto.

O que deve ser muito claro é que a decisão do magistrado não pode ser arbitrária. Quer dizer, o juiz não pode realizar interpretações da lei como bem entender, fugindo das balizas do sistema jurídico.

A fundamentação com base em conceitos abertos traz essa possibilidade. Isso porque a decisão se torna arbitrária, mascarada de decisão fundamentada com base unicamente nos princípios, caso não seja apresentada a sua conexão e explicação do porquê do uso de tal princípio.

Decisões com esse viés entrariam em conflito direto com o mandamento constitucional previsto no artigo 93, IX da CRFB/88<sup>3</sup>, qual seja:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Ademais, existem previsões legais de caráter infraconstitucional que também preveem o dever de fundamentação do magistrado, alertando ainda para o cuidado da fundamentação em conceitos jurídicos indeterminados, como o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei n° 4.657/47<sup>4</sup>), que prevê: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Não diferente da previsão normativa da Lei de Introdução, o próprio Código de Processo Civil<sup>5</sup> apresenta em seu artigo 489, § 2º, II que não será considerada fundamentada a decisão

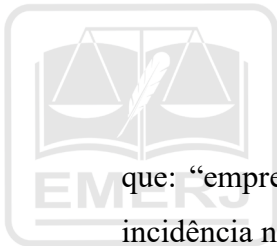
---

<sup>2</sup>Ibid., p. 9-10.

<sup>3</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>4</sup>BRASIL. *Lei n° 4.657*, de 04 de setembro de 1942. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)> Acesso em :20 fev. 2020.

<sup>5</sup>BRASIL. *Lei n° 13.015*, de 16 de março de 2015. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 20 fev. 2020.



que: “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

Assim, observa-se o cuidado que nosso ordenamento jurídico tem com a fundamentação das decisões com base em preceitos indeterminados. Entretanto, vem surgindo diversas decisões que restringem direitos dos jurisdicionados, pautadas nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sem a devida fundamentação do porquê de sua aplicação, como, por exemplo, aplicação de uma medida executiva atípica de impedir que determinado executado pratique um esporte até que pague determinada dívida.

Doutrinariamente, o princípio da razoabilidade consiste, em síntese, na adoção dos meios adequados, necessários e proporcionais para a consecução da finalidade pretendida (as vantagens devem superar as desvantagens criadas)<sup>6</sup>. Já o princípio da proporcionalidade<sup>7</sup> consistiria, em resumo, na contrariedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre os meios e fins.

Como dito, tais conceitos são demasiadamente vagos, abrindo possibilidade de o magistrado julgar qualquer tipo de causa sem uma fundamentação precisa com o caso concreto, tendo em vista que todo tipo de decisão pode se encaixar, abstratamente, dentro desses conceitos.

Seria, no mínimo, um contrassenso o juiz fundamentar uma decisão com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade sob a justificativa de proferir decisões mais justas, pois a lei não consegue positivar todos os tipos de conflitos existentes, mas não ao menos explicar as razões de sua decisão que justificam seu julgamento.

Por esta razão, é necessário que o magistrado fundamente exhaustivamente a aplicação de qualquer medida com base em conceitos jurídicos indeterminados, principalmente com aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sob pena dela tornar-se uma arbitrariedade camuflada de preceito constitucional.

O Poder Judiciário não pode ser visto como um Poder de prerrogativas ilimitadas. Os três poderes exercem freios e contrapesos nos demais. No caso do Poder Judiciário, as leis impostas pelo Poder Legislativo têm a finalidade de balizar a atuação do Poder Judiciário. Assim, as previsões normativas supracitadas na LINDB e no CPC, bem como como a previsão

---

<sup>6</sup>BALTAR NETO, Fernando Ferreira. TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito Administrativo*. Sinopses para concursos. V. 09. 9 ed. Salvador: Juspodivm. 2019, p. 67.

<sup>7</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 225.



constitucional do artigo 93, IX, funcionam como mecanismos para impedir a aplicação desenfreada de princípios sem a devida fundamentação.

Uma decisão que restrinja qualquer tipo de direito do cidadão deve ser exaustivamente fundamentada, como corolário do respeito da dignidade da pessoa humana. O jurisdicionado não pode ter seus direitos usurpados pelo Poder Judiciário em virtude de uma mera vontade do julgador. A fundamentação de uma decisão é um instrumento de segurança e controle do Poder Judiciário.

Destarte, os magistrados são dotados da prerrogativa de fundamentar suas decisões com base em princípios, mormente nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, quando a aplicação da lei não se mostrar suficiente para resolução do conflito.

Porém, nesses casos, para a restrição de direitos do jurisdicionado não se tornar ilegítima e arbitrária, a decisão do juiz deve fundamentar exaustivamente o porquê da aplicação de determinada medida ser proporcional e razoável no caso concreto, trazendo à tona não apenas o motivo de sua convicção, mas também o alcance e extensão dos efeitos da medida, em respeito aos comandos previstos na Constituição Federal<sup>8</sup> (artigo 93, IX), na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 4.657/42<sup>9</sup>, em seu artigo 20) e no Código de Processo Civil<sup>10</sup> (artigo 489, § 1º, II).

## 2. CARACTERIZAÇÃO DE MEDIDA EXECUTIVA ATÍPICA ARBITRÁRIA

Dentro do processo de execução é possível que sejam determinadas medidas para compelir o devedor a pagar ao credor o que deve. Essas medidas podem ser chamadas de medidas executivas.

O Código de Processo Civil<sup>11</sup> elenca meios executivos no seu artigo 536, § 1º, aduzindo:

Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Daniel Amorim Assumpção Neves destaca em sua obra que<sup>12</sup>:

---

<sup>8</sup>BRASIL, op. cit., nota 3

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

<sup>10</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>11</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>12</sup>NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*: Volume único. 8. ed. Salvador: Juspodium. 2016, p. 986.





É pelos meios executivos que o juiz tenta, no caso concreto, a satisfação do direito do exequente. São variados esses meios previstos em lei: penhora, expropriação, busca e apreensão, *astreintes*, arresto executivo, remoção de pessoas ou coisas, fechamento de estabelecimentos comerciais, etc.

Dentro da seara processualista civil de nosso ordenamento jurídico, é fácil observar que existe uma preocupação do legislador em fornecer ao magistrado meios para que possa compelir o executado a pagar sua dívida.

Indo além do previsto no supracitado dispositivo legal, o legislador consagrou o princípio da atipicidade dos meios executivos, isto é, a possibilidade do juiz fixar medidas não previstas no texto legal.

Conseqüentemente, o rol de medidas previstas é meramente exemplificativo. Daniel Amorim conclui<sup>13</sup>: “Apesar de bastante amplo o rol legal, a doutrina é pacífica no entendimento de se tratar de rol de meramente exemplificativo, podendo o juiz adotar outros meios executivos que não estejam expressamente consagrados em lei”.

O artigo 139, IV do CPC/15<sup>14</sup> traz essa ideia de maneira muito clara ao aduzir que incumbe ao juiz: “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial. Inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

O juiz, ao aplicar as medidas executivas atípicas, é incumbido de uma responsabilidade mais acentuada. A fixação de medidas executivas atípicas não pode extrapolar as balizas estabelecidas pelas leis e pelos princípios que norteiam o ordenamento jurídico.

Existe uma discussão doutrinária dentro do próprio âmbito das execuções, no que tange a aplicabilidade de medidas executivas atípicas sobre a pessoa do devedor. A discussão rodeia o princípio da patrimonialidade das execuções, que consiste, nas palavras do doutrinador Rodolfo Hartmann, em<sup>15</sup>:

Este princípio (art. 789) pontua que o devedor responde, para cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei, o que afasta a ideia de que um devedor possa responder, pelo seu débito, com o seu próprio corpo, por exemplo.

Assim, parcela doutrinária entende que, em virtude deste princípio, as medidas executivas atípicas poderiam apenas atingir o patrimônio do devedor e não a sua pessoa. Isto é,

<sup>13</sup>Ibid., p. 986.

<sup>14</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>15</sup>HARTMANN, op.cit., p. 476.

o juiz apenas poderia fixar medidas executivas não previstas em lei sobre o patrimônio do devedor.

Daniel Amorim dispõe<sup>16</sup>:

Há corrente doutrinária que, não obstante expressa previsão do art. 139, IV, do Novo CPC, no sentido de que todos os meios coercitivos podem ser aplicados na efetivação da execução da obrigação pecuniária, buscam restringir o alcance do termo “todos”, afirmando que apenas as medidas que recaem sobre o patrimônio do devedor podem ser admitidas. Dessa forma, não seriam admitidas medidas que recaiam sobre a pessoa do devedor.

Logo, de acordo com esta corrente doutrinária, qualquer medida executiva atípica que extrapole o patrimônio do devedor e venha caracterizar como uma sanção civil a pessoa, deve ser considerada como uma medida abusiva. Esse entendimento visa balizar a atuação irrestrita do juiz, prestigiando um princípio próprio das execuções.

Além do mais, outro critério importante para definir o que caracteriza uma medida executiva atípica abusiva também é trazido pela doutrina. O Enunciado nº 12 do FPPC dispõe<sup>17</sup>:

A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II.

Seguindo a lógica trazida pelo enunciado supracitado, as decisões judiciais devem sempre ter o mínimo de discricionariedade possível, não sendo cabível ao magistrado optar por aplicar uma decisão não prevista em lei e com base em conceitos jurídicos indeterminados quando o legislador já fixou outros mecanismos para chegar a mesma finalidade.

Nunca é pouco lembrar que o dever primário de todo magistrado é a aplicação do ordenamento jurídico, sendo certo que sua principal fonte é a lei. Não existe motivação idônea que afasta a aplicação da lei para a de uma medida não prevista no texto legal.

Em suma, caso uma medida executiva típica seja capaz de satisfazer o direito do credor, não há razão para aplicar uma medida executiva atípica, sob pena desta se transformar em uma medida executiva abusiva.

Por fim, uma outra baliza, talvez a mais importante, para estabelecer o que caracteriza uma medida executiva atípica abusiva, é a jurisprudencial.

<sup>16</sup>NEVES, op.cit., p. 986.

<sup>17</sup>BRASIL. *Enunciado do fórum permanente de processualistas civis – Carta de Vitória*. Disponível em <<https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>>. Acesso em: 23 mai. 2020.



O Novo Código de Processo Civil<sup>18</sup> prevê em seu artigo 927, em síntese, que os juízes e os tribunais observarão os precedentes judiciais na hora de fundamentar suas decisões. Paula Sarno Braga conceitua o precedente judicial como sendo<sup>19</sup>: “é a decisão dada num caso concreto, cujo núcleo essencial (*ratio decidendi*) pode orientar o julgamento de casos futuros e análogos”.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores é o melhor termômetro da arbitrariedade de um magistrado de primeiro grau, tendo em vista a tendência do CPC/15 de migrar do sistema de *civil law* para o sistema da *common law*, com a observância obrigatória dos precedentes judiciais.

### 3. EXISTÊNCIA DE LIMITES JURISPRUDENCIAIS AO MAGISTRADO NA APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

Conforme dito no capítulo anterior, talvez a análise dos precedentes judiciais seja o mecanismo mais utilizado e mais importante para controle da atuação dos magistrados.

Desta forma, deve-se sempre olhar os precedentes dos Tribunais Superiores sobre as interpretações do ordenamento jurídico. Isso não apenas por uma questão de hierarquia entre instâncias, mas também por uma questão lógica, pois os Ministros das instâncias superiores são julgadores mais experientes e com uma visão mais ampla do Direito.

Sobre a aplicação das medidas executivas atípicas, o Superior Tribunal de Justiça tem tomado medidas paradigmáticas, fixando rasos limites de que o seriam medidas arbitrárias.

No julgamento do REsp. nº 1.788.950-MT<sup>20</sup>, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a Corte Superior procedeu a análise de um caso concreto onde foi julgada a possibilidade de suspender a carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor, para compeli-lo a cumprir uma obrigação de pagar quantia. Nesta ocasião, a Corte manteve a decisão de segunda instância, que decidiu pela impossibilidade das medidas executivas atípicas, sob o fundamento que não havia sinais de ocultação de patrimônio do devedor, mas sim inexistência de bens a serem expropriados.

Ficou estabelecido no supracitado julgado que a aplicação de medidas executivas atípicas, ainda que tenha por finalidade dar mais efetividade ao processo judicial, não podem

<sup>18</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>19</sup>BRAGA, Paula Sarno. *Processo Civil: Tutela de conhecimento e procedimento comum*. Sinopses para concursos. V. 19. 2 ed. Salvador: Juspodivm. 2019, p. 215.

<sup>20</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1788950 MT 2018/0343835-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/04/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/04/2019.

violar preceitos constitucionais. Além do mais, entendeu que tais medidas devem ser aplicadas de maneira subsidiária.

Vale destacar o trecho da ementa do julgado, que aduz:

[...] 4. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV). 5. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos. 6. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico. 7. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade [...].

Já no julgamento do REsp nº 1.856.595-SP<sup>21</sup>, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, foi novamente analisado um pedido de suspensão da carteira nacional de habilitação e do passaporte do devedor.

No caso concreto, novamente, a Corte da Cidadania utilizou como parâmetro para analisar a legalidade das medidas executivas atípicas princípios constitucionais, mais especificamente os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

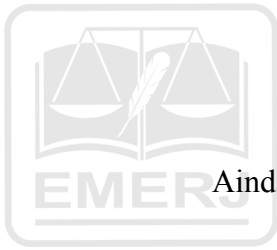
Ficou estabelecida na decisão que feria os princípios da proporcionalidade e razoabilidade a apreensão do passaporte, por ferir um direito constitucional da liberdade de locomoção. O mesmo não aconteceria com a apreensão da CNH, pois esse direito fundamental não restaria restringido.

Conforme parte do voto:

[...] segundo dispõe a jurisprudência do STJ, é possível que o juiz adote medidas executivas atípicas - tal como a apreensão do passaporte -, subsidiariamente, nos termos do art. 139, IV, do CPC/2015, caso verifique haver indícios de que o devedor possua bens expropriáveis, fundamentando especificamente acerca da sua necessidade no caso concreto, observando-se o devido contraditório e a proporcionalidade dessa providência.

---

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1856595 SP 2020/0003879-8*, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 20/02/2020, DECISÃO MONOCRÁTICA, Data de Publicação: DJe 28/02/2020.



Ainda no julgamento deste recurso, é citado na fundamentação:

[...] liberdade de locomoção é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. Consiste em poder o indivíduo deslocar-se de um lugar para outro, ou permanecer cá ou lá, segundo lhe convenha ou bem lhe pareça, compreendendo todas as possíveis manifestações da liberdade de ir e vir. 9. Revela-se ilegal e arbitrária a medida coercitiva de suspensão do passaporte proferida no bojo de execução por título extrajudicial (duplicata de prestação de serviço), por restringir direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável. Não tendo sido demonstrado o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação, a medida não se comprova necessária. 10. O reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica. A medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência. 11. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do habeas corpus, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento.

Por fim, analisando um último julgamento do STJ sobre o tema, percebe-se que ao decidir o RHC nº 97876 SP<sup>22</sup>, o relator Ministro Luís Felipe Salomão consignou que, por mais que o Habeas Corpus não seja o instrumento adequado para recorrer contra decisão que determina a apreensão da CNH, por não violar a liberdade constitucional de ir e vir, é o instrumento correto para analisar a apreensão do passaporte. Nas palavras do Ministro:

[...] 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o acautelamento de passaporte é medida que limita a liberdade de locomoção, que pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário, sendo o habeas corpus via processual adequada para essa análise.

Além do mais, seguindo os outros julgados, foi decidido que a medida executiva atípica não pode contrair preceitos constitucionais, devendo a medida ser subsidiária e fundamentada exaustivamente. Assim pode-se perceber por parte da fundamentação do voto do Ministro Relator:

[...] 3. O CPC de 2015, em homenagem ao princípio do resultado na execução, inovou o ordenamento jurídico com a previsão, em seu art. 139, IV, de medidas executivas atípicas, tendentes à satisfação da obrigação exequenda, inclusive as de pagar quantia certa. 4. As modernas

<sup>22</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 97876 SP 2018/0104023-6*, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 05/06/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/08/2018.

regras de processo, no entanto, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância, poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. 5. Assim, no caso concreto, após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja necessária, lógica e proporcional. Não sendo adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, será contrária à ordem jurídica. 6. Nesse sentido, para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia dos meios executivos típicos, sob pena de configurar-se como sanção processual.

O Superior Tribunal de Justiça, corretamente, faz uma análise do caso concreto para analisar a legalidade das medidas atípicas aplicadas. Além do mais, esta Corte também tem balizado que as medidas executivas atípicas devem ser subsidiárias, quando não é mais possível aplicação de medidas típicas. Por fim, o STJ também tem exigido que a fundamentação com base em princípios constitucionais deve ser substancial, não sendo possível sua aplicação genérica.

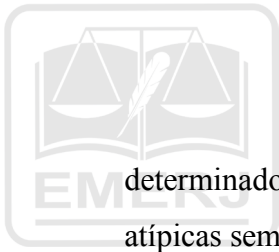
## CONCLUSÃO

O Poder Judiciário não pode ser visto como um superpoder, impondo medidas e limites a direitos de maneira descabida. Por esta razão, a discricionariedade do magistrado, que é um representante do Estado no exercício da função jurisdicional, não é uma carta branca para exteriorização de sentimentos pessoais do julgador.

Como se pode perceber pelo decorrer deste trabalho, a discricionariedade do magistrado encontra diversas balizas pelo ordenamento jurídico. Seja no âmbito doutrinário, como fonte de consulta e auxílio para a interpretação das normas, seja no âmbito legal, através das leis e limitações de atuação do juiz, seja no âmbito jurisprudencial, conforme as decisões dos tribunais superiores.

No que tange a aplicação de medidas executivas atípicas, por não haver previsão legislativa, o cuidado com a discricionariedade deve ser ainda maior. Isso porque a fundamentação dessas medidas, na grande maioria das vezes, é baseada em princípios constitucionais de conceito aberto. Ou seja, não existe uma previsão legal do alcance ou do conteúdo do princípio, cabendo ao juiz realizar uma medida criativa.

Desta forma, o primeiro mecanismo de imposição de limite ao magistrado é a exigência de fundamentação exaustiva substancial do porquê da aplicação da medida para um



determinado caso concreto. Destarte, é vedada aplicação genérica das medidas executivas atípicas sem explicitar sua razão.

Tal vedação pode ser encontrada na legislação vigente, mais precisamente no artigo 93, IX da Constituição Federal, bem como no artigo 489, § 1º, II do Código de Processo Civil e no artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.

Outro limite imposto ao juiz ao aplicar as medidas executivas atípicas é apresentado no âmbito doutrinário. Isto é, serão consideradas medidas executivas arbitrárias aquelas que extrapolam o patrimônio do devedor e atingem sua pessoa. Ademais, tais medidas devem ser subsidiárias as medidas previstas em lei.

Por fim, a jurisprudência apresenta como limites da discricionariedade do magistrado na aplicação das medidas executivas atípicas os preceitos já apresentados, quais sejam: i) análise do caso concreto para verificar a legalidade das medidas atípicas aplicadas; ii) tais medidas devem ser subsidiárias, ou seja, quando não é mais possível aplicação de medidas típicas; e iii) a fundamentação com base em princípios constitucionais deve ser substancial, não sendo possível sua aplicação genérica.

Destarte, esses são os atuais mecanismos previstos no ordenamento jurídico que impõem limites na atuação do magistrado ao aplicar essas medidas. Mas como se pode ver, até mesmo pelo número crescente de recursos que chegam aos Tribunais Superiores, os limites atuais são insuficientes para impedir excessos na aplicação daquelas por magistrados.

Consequentemente, com a finalidade de impedir os ímpetus arbitrários dos magistrados, seria necessário uma atuação mais ativa do Poder Legislativo para positivizar na Código de Processo Civil os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários expostos neste trabalho.

Desta forma, como a função primordial do juiz é a aplicação da lei, sua discricionariedade estaria bastante limitada a vontade da Lei e não apenas em conceitos jurídicos indeterminados, cuja interpretação pode ser demais ampla.

## REFERÊNCIAS

BRAGA, Paula Sarno. *Processo Civil: Tutela de conhecimento e procedimento comum. Sinopses para concursos*. V. 19. 2 ed. Salvador: Juspodium. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html). Acesso em: 20 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.html). Acesso em: 20 fev. 2020.



\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.015*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 20 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.788.950 MT 2018/0343835-5*, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/04/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/04/2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1856595 SP 2020/0003879-8*, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 20/02/2020, DECISÃO MONOCRÁTICA, Data de Publicação: DJe 28/02/2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RHCnº 97876 SP 2018/0104023-6*, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 05/06/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/08/2018.

\_\_\_\_\_. *Enunciado do fórum permanente de processualistas civis – Carta de Vitória*. Disponível em <<https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo do novo processo civil*. 4.ed. Niterói: Impetus.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

BALTAR NETO, Fernando Ferreira. TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito Administrativo*. Sinopses para concursos. V. 09. 9 ed. Salvador: Juspodivm. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil: Volume único*. 8. ed. Salvador: Juspodium. 2016

\_\_\_\_\_. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do Novo CPC. *Revista de Processo*. V. 265. ano 42. p. 107-150. São Paulo: ed. RT, mar. 2017.





## A NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS E A SUA PROTEÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Víctor Ribeiro Franco Ferreira

Graduado pela Universidade Federal Fluminense.  
Advogado.

**Resumo** – a conceituação da natureza jurídica dos animais não humanos vem sofrendo um processo evolutivo, para tratá-los como seres sencientes, de forma a retirar-lhes o *status* de objetos de direito para configurá-los como sujeitos de direitos. O ordenamento jurídico, por conseguinte, vai se ajustando às mudanças sociais e filosóficas quanto às relações entre o homem e esses seres para alcançar efetividade na proteção destes. A presente pesquisa, portanto, pretende analisar essa evolução, demonstrando a possibilidade de se conferir qualidade de sujeitos de direitos aos animais não humanos diante do ordenamento jurídico brasileiro, por meio de uma análise crítica deste e a partir dos caminhos interpretativos que a doutrina e a jurisprudência trazem.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Natureza jurídica dos animais. Tutela jurídica dos animais.

**Sumário** – Introdução. 1. Correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. 2. Repercussões no ordenamento jurídico pátrio. 3. Efetivação da proteção dos animais não humanos. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O objeto da presente pesquisa consiste na discussão da natureza jurídica dos animais não humanos, analisando a mudança de conceituação face à nova forma de relação entre eles e os humanos na sociedade, que foi se moldando ao longo do tempo, atrelada a uma ideia de preservação do meio ambiente e extensão a esses seres do valor máximo da dignidade, como forma de compatibilização com a Constituição, os tratados internacionais e toda essa mudança social.

Para tanto, diversos foram os regramentos que surgiram no ordenamento jurídico destinados a retratar melhor a transformação da realidade social e global quanto aos animais não humanos, com o intuito de conferir maior proteção a eles.

Com efeito, os avanços na doutrina, na jurisprudência e nas legislações suscitaram uma maior discussão acerca da possibilidade de tratar os animais como seres sencientes e sujeitos de direitos, e não meros bens semoventes e objetos do direito como até então se classificava.

Nesse diapasão, objetiva-se com o trabalho lapidar essa nova vertente interpretativa e ideológica, a fim de alcançar o sistema protetivo jurídico que melhor garanta os direitos dos animais na e em face à sociedade contemporânea.

Inicia-se o primeiro capítulo fazendo um apanhado das diversas correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica dos animais, comparando-as e contrastando-as como forma de ressaltar suas características e, a partir dessas, demonstrar a que mais se adequa à proposta do trabalho.

Por sua vez, o segundo capítulo pretende analisar toda a repercussão do tema no ordenamento jurídico pátrio – legislações, doutrina e jurisprudências – e como se relacionam entre si e com as demais normas e entendimentos jurídicos e sociais.

Por fim, o terceiro capítulo objetiva demonstrar como se realiza atualmente a proteção dos animais não humanos e tratar da conceituação que se mostra a mais adequada à realidade social atual para a devida proteção dos animais não humanos, face à evolução das relações entre pessoa humana e estes últimos, da interpretação da noção de dignidade e das legislações relacionadas.

A metodologia a ser usada por esta pesquisa será a do tipo hipotético-dedutivo e bibliográfico, parcialmente exploratória e qualitativa, uma vez que se elegerão algumas proposições hipotéticas com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente, valendo-se de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais e de legislações *lato sensu*, para se chegar ao posicionamento que melhor discipline o tema abordado.

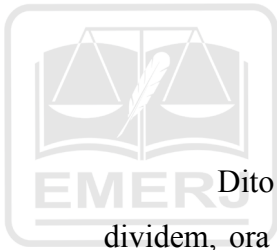
## 1. CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

O Código Civil brasileiro de 2002<sup>1</sup> – Lei nº 10.406, de janeiro de 2002 – dispõe em seu primeiro artigo que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, disciplinando o sujeito de direito, isto é, a quem se pode imputar e reconhecer direitos e obrigações por força da ordem jurídica.

Por sua vez, compreende-se como objeto de direito todo bem ou vantagem que o ordenamento jurídico em relação a determinadas pessoas, dentro das relações jurídicas titularizadas por estas, na qualidade de patrimônio de um proprietário.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 30 set. 2019.



Dito isso, as interpretações acerca da natureza jurídica dos animais não humanos se dividem, ora para classificar estes como ora como objetos de direito, ora como sujeitos de direito – seja por equiparação a pessoas, seja como entes despersonalizados –, ou, ainda, como um terceiro gênero próprio.

Quanto à primeira corrente, ligada a uma visão antropocêntrica e utilitarista dos animais não humanos – isto é, o ser humano acima dos demais seres vivos e estes em função daquele –, pautada pela máxima do filósofo grego Protágoras – ao dizer que “o homem é a medida de todas as coisas” –, e observada pela interpretação dos dispositivos do Código Civil brasileiro de 2002, os animais não humanos se enquadrariam aqui como objetos de direito, na classificação de bens semoventes – suscetíveis de movimento próprio, conforme respectivo artigo 82.

Por conseguinte, não lhes foi atribuída personalidade jurídica na ordem jurídica nacional atual para configurar-se como pessoa e, portanto, sujeito de direitos, pelo que se extrai da possibilidade de sua cessão onerosa – vide o parágrafo segundo do artigo 445 e os artigos 1.444, 1.445 e 1.446, todos do diploma civilista.

Além disso, os apoiadores de tal vertente criticam a concepção de animais não humanos como sujeito de direitos, uma vez que colide com outras garantias e institutos, haja vista que a extensão de conceitos impossibilitaria inclusive o próprio consumo e alimentação, bem como comercialização e demais negócios jurídicos.

Flávio Tartuce<sup>2</sup> ressalta algumas dúvidas que surgem com o afastamento da classificação dos animais não humanos como objetos do direito, acerca dos efeitos que ocasionariam em institutos jurídicos já consagrados, e sobre a quais animais deve se dar a incidência da proteção especial, dizendo que:

[...] se os animais são sujeitos de direitos, ou a eles equiparados, teriam também deveres? Os contratos de cessão onerosa de animais devem deixar de ser submetidos às regras da compra e venda? Será necessário diferenciar os animais que têm sensibilidade daqueles que não têm, no que diz respeito ao seu tratamento jurídico? [...]

Todavia, a visão antropocêntrica dos animais não humanos foi perdendo espaço para uma visão mais biocêntrica<sup>3</sup>, voltada não só para a proteção dos direitos dos homens, mas também para a preservação dos direitos do próprio meio ambiente, ganhando força no mundo

<sup>2</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 333.

<sup>3</sup> O biocentrismo é a corrente filosófica que retira o ser humano do centro da existência e considera importantes todos os seres vivos, pondo o meio ambiente como titular de direitos.

inteiro com a maior conscientização do desenvolvimento sustentável e a noção de ética ecológica e bem-estar dos animais não humanos.

Nesse sentido, realizou-se uma extensão da noção do valor máximo da vida digna da pessoa humana aos animais não humanos, verificando-se tal fenômeno em ordenamentos jurídicos de países como França, Holanda, Suíça, Bolívia, Equador, Portugal, Alemanha e Austria, esta que fora pioneira no assunto, prevendo no parágrafo 285a de seu Código Civil, em 1988, a sua devida proteção e o afastamento da classificação como coisas e objetos do direito, somente com aplicação subsidiária do regime de bens.

Flávio Martins<sup>4</sup>, inclusive, entende por incluir os direitos dos animais como um direito fundamental de quinta geração, defendendo que:

[...] não há justificativa moral, ética, filosófica ou jurídica para tratar de forma tão diferente animais humanos e não humanos. Defendemos a tese de que os direitos dos animais são direitos de quinta dimensão. Isso porque despertam os mesmos desafios intelectuais gerados pelas gerações anteriores. Quando surgiram os direitos sociais, a doutrina e a jurisprudência tiveram que responder a algumas perguntas (algumas cuja resposta até hoje não é certa): quais são os titulares desses direitos? Quais são os deveres do estado? Qual a amplitude e os limites desses direitos? Essas mesmas questões devem ser enfrentadas com os direitos de uma nova dimensão, que se afasta do antropocentrismo secular.

Observando a incompatibilidade e enfraquecimento da visão antropocêntrica e utilitarista dos animais não humanos, já apontava Lourenço<sup>5</sup> três caminhos possíveis para o aperfeiçoamento de sua respectiva natureza jurídica, quais sejam: a) equipará-los a pessoas absolutamente incapazes; b) alocá-los à categorias de entes despersonalizados; ou c) criar uma espécie de terceiro gênero, entre objeto e sujeitos, para nele inseri-los.

César Fiuza<sup>6</sup>, por outro lado, salienta a problemática de inserir os animais não humanos puramente como sujeitos de direitos, equiparados a pessoas humanas, ressaltando que:

[...] se a resposta não é conferir personalidade aos animais, seria, então, a de conferir-lhes o status de sujeitos de direitos? (...) Um animal não pode ser sujeito de direito por um lado e objeto de propriedade por outro. Um sujeito de direito não pode estar no cardápio de um restaurante.

<sup>4</sup> NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 859.

<sup>5</sup> LOURENÇO apud SILVESTRE; LORENZONI. A tutela jurídica material e processual da senciência animal no ordenamento jurídico brasileiro: análise da legislação e de decisões judiciais. *Revista Jurídica UNICURITIBA*, Curitiba, v. 03, nº 52, 2018, p. 441-442.

<sup>6</sup> FIUZA, César; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. Dos fundamentos da proteção dos animais: uma análise acerca das teorias de personificação dos animais e dos sujeitos de direito sem personalidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: RT, n. 1, v. 1, out.-dez. 2014., p. 200-201.



Para responder às críticas dos defensores da classificação dos animais não humanos como objetos de direito, o retromencionado autor Flávio Martins<sup>7</sup> tenta trazer critérios para destacar quais animais merecem um tratamento jurídico diferenciado, por meio do elemento da sciência, explicando:

Qual o critério a ser utilizado para identificar os animais titulares de direitos? Há duas formas de responder essa questão. Uma forma seria a capacidade cognitiva dos animais envolvidos, a capacidade de expressar sentimentos como alegria, tristeza e apreensão. Preferimos o critério criado por Bentham, citado tanto por Sunstein, como por Peter Singer, que coloca a ênfase sobre se e em qual medida o animal em questão é capaz de sofrer.

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial nº 1.713.167-SP, manifestou-se no sentido de seguir, a depender da análise do caso concreto, o caminho interpretativo do terceiro gênero aos animais não humanos, com finalidade, porém, de proteção ao próprio ser humano e seu com vínculo afetivo com aqueles, como no caso de guarda compartilhada de animal doméstico adquirido na constância de união estável, tecendo críticas à incidência pura dos regramentos do bens<sup>8</sup>:

[...] os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, 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.

Contudo, criticam Godinho e Castro Júnior e Oliveira Vital<sup>9</sup> que a inserção dos animais não humanos em tal classificação exige uma reconstrução do sistema jurídico brasileiro, visto que realiza a quebra da dualidade pessoa-coisa hoje existente, mudança esta de caráter brusco e de menor efetividade.

Essa mudança paradigmática gradual motivou, em âmbito de ordenamento jurídico pátrio, inclusive, o projeto de uma nova lei para disciplinar um regime jurídico especial aos animais não humanos e se aproximar mais da concepção de sujeitos de direitos.

O Projeto de Lei da Câmara nº 27/2018, em seu artigo 3º, dispõe que os animais não humanos inserem-se em uma natureza jurídica *sui generis*, entendidos como sujeitos de direito despersonalizados, dispondo, em justificação, que:

<sup>7</sup> NUNES JÚNIOR, op. cit., p. 862.

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.713.167-SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1717000&num\\_registro=201702398049&data=20181009&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1717000&num_registro=201702398049&data=20181009&formato=PDF)>. Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>9</sup> LOURENÇO; CASTRO JÚNIOR; VITAL apud SILVESTRE; LORENZONI, op. cit., p. 442.

[...] embora não tenha personalidade jurídica, o animal passa a ter personalidade própria, de acordo com sua espécie, natureza biológica e sensibilidade. A natureza *suis generis* possibilita a tutela e o reconhecimento dos direitos dos animais, que poderão ser postulados por agentes específicos que agem em legitimidade substitutiva.

Nesse diapasão, verificam-se diversas tentativas de encaixe dos animais não humanos em algum regime jurídico que se afaste do de bens, retrato da referida mudança paradigmática, da tradicional visão antropocêntrica para uma visão biocêntrica, com o intuito de promover o desenvolvimento *lato sensu* sustentável do próprio planeta, apontando Stroppa e Viotto<sup>10</sup> que “[...] pensar no processo de desenvolvimento da humanidade implica pensar, simultaneamente, no desenvolvimento de todas as espécies vivas do planeta [...]”.

Lourenço e Castro Júnior e Oliveira Vital<sup>11</sup> demonstram que a adoção desse posicionamento possibilita o reconhecimento dos animais não humanos como sujeitos de direito sem que se precisasse sequer haver transformações legislativas, permitindo-se a sua defesa por meio de substituição processual do Ministério Público, de sociedades de proteção animal ou de qualquer terceiro interessado, na forma de curador ou guardião.

Destarte, com a aprovação iminente da PLC 27/2018<sup>12</sup>, a inserção dos animais não humanos como sujeitos de direito despersonalizados se mostra a mais correta, reconhecendo-se os animais não humanos como seres sencientes, passíveis de sofrimento, para fazer incidir normas protetivas compatíveis com o contexto jurídico-social atual, abarcando situações que antes se encontravam sem tutela jurídica efetiva.

## 2. REPERCUSSÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Com a proposição da mudança de paradigma, antes de tudo, porém, deve-se exercer uma análise do *status quo*, isto é, o próprio paradigma em si, qual seja, o ordenamento jurídico pátrio atual.

Dito isso, no Código Civil brasileiro vigente, de 2002, os animais são disciplinados no artigo 82 do referido diploma, ao estabelecer que eles são bens móveis, e, portanto, objetos de direito, pela característica de serem suscetíveis a movimento próprio.

<sup>10</sup> STROPPIA, Tatiana; VIOTTO, Thaís Boonem. Antropocentrismo x Biocentrismo: um embate importante. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 09, nº 17, 2014, p. 131.

<sup>11</sup> LOURENÇO; CASTRO JÚNIOR; VITAL apud SILVESTRE; LORENZONI, op. cit., p. 442.

<sup>12</sup> BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara nº 27 de 2018*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7729363&ts=1574367802793&disposition=inline>>. Acesso em 30 mai. 2020.



Por sua vez, apesar da atual natureza jurídica dos animais de objetos do direito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante, no inciso VII do parágrafo primeiro de seu artigo 225<sup>13</sup>, a proteção de toda a fauna e flora, vedando qualquer tratamento cruel aos animais.

Nesse sentido, o legislador editou a Lei nº 9.605/1998<sup>14</sup>, que versa sobre crimes ambientais, para tipificar condutas que atentem contra o meio-ambiente, incluindo-se os maus-tratos aos animais e outros crimes contra a fauna tipificados entre os seus artigos 29 e 37.

Tais crimes envolvem a exportação e importação irregular, maus-tratos e ações que de alguma forma interfiram irregularmente na vida dos animais e desenvolvimento das espécies em geral, ocasionando mortes direta ou indiretamente ou impedindo a própria procriação.

Todavia, a própria Constituição e a referida legislação trazem ressalvas, afastando-se a configuração de maus-tratos nos casos, por exemplo, de práticas desportivas e manifestações culturais envolvendo os animais, conforme parágrafo sétimo do retromencionado dispositivo constitucional.

Como exemplo de manifestação cultural envolvendo animais, há a tradicional vaquejada, que fora objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/2013<sup>15</sup>, momento em que se exerceu uma ponderação entre o dever de proteção ao meio ambiente e o de proteção aos valores culturais, prevalecendo o primeiro para extinguir a referida manifestação cultural, conforme ementa abaixo:

VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.

Contudo, a partir de uma reação legislativa consolidada pela aprovação da Emenda Constitucional nº 96<sup>16</sup> e da Lei nº 13.364/2016<sup>17</sup>, tais manifestações foram elevadas à

<sup>13</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 jan. 2020.

<sup>14</sup> BRASIL. *Lei nº 9.605/1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)>. Acesso em: 18 jan. 2020.

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIN 4.983/2013*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311683661&ext=.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

<sup>16</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional nº 96*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm)>. Acesso em: 18 jan. 2020.

condição de patrimônio cultural imaterial, fazendo prevalecer-se sobre a questão ambiental de vedação aos maus-tratos, o que gerou uma incompatibilidade entre o entendimento jurisprudencial consolidado e a regra posta.

Por sua vez, a chamada “farra de boi”, evento em que um boi é perseguido pela população da região por dias até a sua morte, continua com *status* de proibida em todo o estado de Santa Catarina, por determinação do Recurso Extraordinário nº 153.531<sup>18</sup>, que a considerou uma prática que sujeita animais a tratamento cruel, em violação ao inciso VII do parágrafo primeiro do artigo 225 da Constituição Federal, com fulcro no determinado pelo acórdão abaixo:

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”.

No mesmo sentido foi quanto às chamadas rinhas ou brigas de galos – competições entre aves combatentes da raça *Galus-Galus*, em que os criadores e espectadores tentam obter proveito econômico ao apostar na vitória de um dos animais –, que já se encontravam vedadas no ordenamento jurídico desde 1924, pelo artigo 5º do Decreto nº 16.590 – juntamente com as corridas de touros e as brigas de canários –, tratando-se de um dos primeiros exemplos de proteção legal contra a violência aos animais no Brasil.

No caso, entendeu o Supremo Tribunal Federal sobre o tema, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.514/SC, 3.776/RN e 1.856/RJ<sup>19</sup>, que tal prática não se configurava como simples esporte ou manifestação de índole cultural ou folclórica, mas de ato que vai de encontro à regra constitucional que impõe o dever de proteção à fauna, sendo esse o entendimento exposto na ementa abaixo da última ação referida:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98) – LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA – DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA – CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32) – MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE

<sup>17</sup> BRASIL. *Lei nº 13.364/2016*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13364](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm)>.htm. Acesso em: 18 jan. 2020.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 153.531-SC*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIN n. 1.856-RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>>. Acesso em: 26 fev. 2020.





SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII) – DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE.

Ainda sobre exceções, é possível citar diversas leis ordinárias que, embora observado o comando constitucional de proteção da fauna e de vedação dos maus-tratos aos animais não humanos, permitem o afastamento dessa proteção especial sobre comportamentos cruéis, como ocorre no Código da Caça e Pesca (Decreto-Lei nº 221/1967), na Lei dos Zoológicos (Lei 7.173/1983), na Lei dos Rodeios (Lei nº 10.519/2002), na Lei da Viviseção ou Lei Arouca (Lei 11.794/2008), ou, ainda, em leis estaduais de abate humanitário de animais – como a de São Paulo (Lei Estadual nº 7.705/1992).

Sobre o tema, bem conclui Levai<sup>20</sup>: “A noção de crueldade, nesse contexto, acaba se submetendo às regras do utilitarismo, de modo que a conduta cruenta somente se caracterizaria como tal se o homem assim o dispusesse”.

No que tange particularmente à questão da viviseção e experimentos laboratoriais em animais não humanos, o parágrafo primeiro do artigo 32 da Lei nº 9.605/1998 impôs condição específica de ausência de métodos alternativos de menor caráter doloroso ou cruel para o afastamento da incidência do *caput* sobre a conduta.

De igual modo, a Lei nº 11.794/2008 limita a utilização de tais animais para apenas certos estabelecimentos, como os de ensino superior e de educação profissional técnica de nível médio da área médica, bem como delimitando as espécies sobre as quais incidirá a lei, quais sejam, as do filo *Chordata* e subfilo *Vertebrata*.

Em tempo, cabe ressaltar que o Brasil é signatário do tratado internacional denominado “Declaração Universal dos Direitos dos Animais”, em que se firma o compromisso de conferir a devida proteção aos animais não humanos, embora não haja endosso oficial governamental concedendo caráter cogente, porém ainda servindo de norte para diversos outros dispositivos legais pátrios.

Impede-se, por exemplo, em seu artigo 10º, a utilização dos animais não humanos para o divertimento do ser humano, exibindo-os para espetáculos de forma a humilhá-los e

<sup>20</sup> LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida – crítica à razão antropocêntrica. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 01, nº 1, 2006, p. 179.

violar a dignidade deles; proibição essa adotada em diversos estados da federação brasileira – como o Rio de Janeiro, em sua respectiva Lei Estadual nº 3.714/2001<sup>21</sup>.

Portanto, conclui-se que, embora sendo o Brasil um dos poucos países a vedar em sua própria Constituição Federal toda e qualquer ação cruel contra os animais não humanos, tal valor dentro do ordenamento jurídico como um todo não consegue se firmar homogênea e integralmente, assim como não se consegue compatibilizar a teoria com a prática.

Nesse diapasão, como bem critica Levai<sup>22</sup>:

Conclui-se, diante disso, que o nosso repertório legislativo é mais do que suficiente para, em tese, proteger os animais da maldade humana. O problema maior é o abismo jurídico que separa a teoria da prática. Se determinadas condutas humanas não forem questionadas perante o Poder Judiciário, dificilmente mudaremos o atual estado de coisas.

Por conseguinte, observa-se que há a criação de diversas legislações afastando o caráter cruel de determinados comportamentos, assim como se verifica que há o domínio da visão antropocentrista na sociedade brasileira, de modo que se verifica haver uma predominância de outros determinados princípios sobre o da proteção da fauna.

### 3. A EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

A mudança gradativa de uma visão antropocentrista para uma visão mais biocentrista vem trazendo à baila novas discussões sobre o tema, alterando a perspectiva de determinadas ponderações de valores, como forma de se efetivar o postulado de proteção da fauna e da vedação aos maus-tratos para os animais não humanos.

Às também chamadas “demais espécies” são conferidas diversas naturezas jurídicas pelo ordenamento jurídico, conforme salienta Levai<sup>23</sup>, visto que, “para o direito civil, o animal é coisa ou semovente; no direito penal, objeto material; e, no direito ambiental, bem ou recurso natural”.

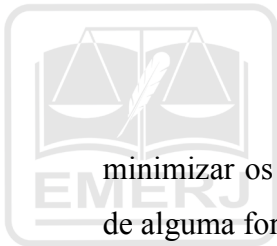
Nesse sentido, a constituição consagra certos balizadores para a devida proteção dos animais não humanos, inclusive na própria atividade econômica, como se observa no inciso VI de seu respectivo artigo 170, impondo o dever de se defender o meio ambiente para

---

<sup>21</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Lei Estadual nº 3.714/2001*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/69d90307244602bb032567e800668618/84f3e5be7b93b06803256b0d00473a13?OpenDocument>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

<sup>22</sup> LEVAI, op. cit., p. 177.

<sup>23</sup> Ibid., p. 178.



minimizar os impactos ambientais, principalmente quando envolver a exploração de animais de alguma forma.

Para isso, a advogada ambientalista Vanice Teixeira Orlandi, citada por Levai,<sup>24</sup> informa alguns princípios orientadores para a proteção da fauna, como o da educação ambiental e da precaução, com fulcro no art. 225, *caput*, da CRFB/88, com o intuito de se promover mais medidas de caráter preventivo, tanto no que diz respeito ao ensinamento a toda a população sobre a defesa do meio ambiente e dos animais, quanto a medidas concretas de prevenção dos atos nocivos aos animais não humanos, seja por parte do Poder Público, seja por parte de entidades privadas.

Para tanto, se mostra extremamente importante o papel do Ministério Público para a concretização dessa proteção, como função essencial à justiça, visto ser o legitimado para exercer a tutela de interesses difusos como o meio ambiente – pelos termos do art. 129, III, da CRFB/88 e art. 25, IV, “a”, da Lei nº 8.625/93.

Por sua vez, em âmbito legislativo, o Projeto de Lei da Câmara nº 27/2018, ou atual Projeto de Lei nº 6.054/2019, conforme já citado e explicado, trata de alterar a classificação dos animais não humanos como objetos de direitos, que ainda permeia o ordenamento jurídico.

Entretanto, emenda ao referido projeto de lei tenta impor ressalvas à incidência desse regime jurídico especial – em casos, por exemplo, de atividade agropecuária, pesquisas e manifestações culturais, inclusive já tratados em jurisprudência, como a situação das vaquejadas, considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal –, constatando-se que a ponderação dos demais valores com a proteção da fauna é matéria de alta complexidade e controvérsia.

Essa dificuldade em se compatibilizar os valores constitucionais em prol do meio ambiente se mostra ainda presente, haja vista que o Supremo Tribunal Federal, em 2019, no Recurso Extraordinário nº 494.601/RS<sup>25</sup>, foi pelo entendimento de que é constitucional a lei que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana, tratando-o como patrimônio cultural imaterial – na forma do artigo 2, item 2, alínea “c”, da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da Unesco –, fazendo preponderar a liberdade religiosa contida no art. 5º, VI, da

---

<sup>24</sup> Ibid., p. 179.

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 494.601-RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE494601MMA.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

CRFB/88 sobre o dever constitucional de amparo aos animais contido no art. 225, § 1º, VII, da CRFB/88, conforme ementa abaixo:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. LIBERDADE RELIGIOSA. LEI 11.915/2003 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. NORMA QUE DISPÕE SOBRE O SACRIFÍCIO RITUAL EM CULTOS E LITURGIAS DAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA LEGISLAR SOBRE FLORESTAS, CAÇA, PESCA, FAUNA, CONSERVAÇÃO DA NATUREZA, DEFESA DO SOLO E DOS RECURSOS NATURAIS, PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E CONTROLE DA POLUIÇÃO. SACRIFÍCIO DE ANIMAIS DE ACORDO COM PRECEITOS RELIGIOSOS. CONSTITUCIONALIDADE. (...) 2. A prática e os rituais relacionados ao sacrifício animal são patrimônio cultural imaterial e constituem os modos de criar, fazer e viver de diversas comunidades religiosas, particularmente das que vivenciam a liberdade religiosa a partir de práticas não institucionais. [...].

Sobre esse assunto, Vieira e Silva<sup>26</sup> conclui que:

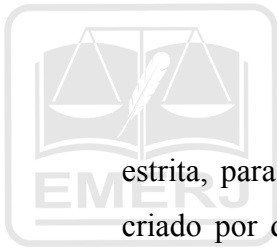
Aos que pregam a prevalência do sacrifício animal, seu fundamento básico é o antropocentrismo, em que o animal tem apenas utilidade aos desígnios humanos. (...) Aos que defendem o outro lado, a lei constitucional garante a integridade física e a vida dos animais não-humanos, sendo terminantemente proibidas práticas cruéis. Nesse sentido, a lei infraconstitucional criminaliza essa prática, cabendo aos agentes responderem pela conduta delituosa. Tal entendimento ultrapassa a simples visão antropocêntrica, numa busca pela valorização do animal pelo que representa ao meio natural, e não somente aos caprichos do homem.

Pelo mesmo caminho, o Projeto de Lei nº 2.833/2011 tenta conferir maior proteção aos animais domésticos, ao criminalizar condutas contra cães e gatos, semelhante a certas condutas criminalizadas no Código Penal brasileiro, o que demonstra um crescimento na visão sobre os animais não humanos como sujeitos de direitos.

Exemplo prático legislativo consolidado de proteção aos animais não humanos se encontra na Lei Municipal nº 16.222/2015 da Cidade de São Paulo, que proibiu a comercialização do produto denominado *foie gras* – um patê de fígado de ganso feito após este ter ingerido bastante ração e gordura por meio de tubo introduzido pela garganta, provocando rompimento de órgãos e hipertrofia do fígado –, como forma de coibir os maus-tratos ocasionados por essa prática a essa espécie de ave.

Já em âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça possui julgados (AgRg no REsp 1.457.447/CE e AgInt no REsp 1.389.418/PB) realizando uma interpretação teleológica da Lei Ambiental, no sentido de se avaliar a posse de animais silvestre de acordo com a melhor proteção do animal e com o princípio da razoabilidade sobre a legalidade

<sup>26</sup> SCHEFFER, Gisele Kronhardt. *Diálogos de Direito Animal*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2019, p. 63-64.



estrita, para permitir a permanência com o ser humano quando tal animal já estiver sendo criado por determinada pessoa por um longo período de tempo em ambiente doméstico, e desde que não haja sinal de maus-tratos ou risco de extinção.

Nesse sentido, certos autores defendem a existência de um verdadeiro princípio da dignidade das outras espécies, em paralelo com o valor máximo constitucional da dignidade da pessoa humana, como forma de se orientar as ações e interpretações pelo viés de que o indivíduo não está inserido apenas em um ambiente social, mas também em um ambiente natural, havendo o dever de se compatibilizar ambas as dignidades.

Conforme Sarlet<sup>27</sup> bem explana:

Assim, poder-se-a afirmar [...] que tanto o pensamento de Kant quanto todas as concepções que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana – encontram-se, ao menos em tese, sujeitas à crítica de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam que a pessoa humana, em função de sua racionalidade [...] ocupa um lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos. Para além disso, sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indica que não está em causa apenas a vida humana mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e de uma vida humana com dignidade.

Desse modo, enquanto não se puder haver efetivação no âmbito legislativo, ou para o preenchimento de lacunas e análise de casos concretos, faz-se mister que o julgador se balize por meio de princípios morais, como no caso histórico do manejo de *habeas corpus* para a transferência da chimpanzé Suíça, mantida em jardim zoológico, para um santuário em outro local, sob a alegação de coação ilegal, pois se encontrava sozinha após a morte de seu companheiro.

Nesse diapasão, acerca do tema, dispôs Gordilho<sup>28</sup> que:

(...) os direitos não são apenas aqueles que se encontram inseridos no ordenamento jurídico, pois, ao lado dos direitos subjetivos, como o direito de propriedade, existem os direitos morais, como o direito à liberdade, e, no caso de conflito, nem sempre o direito subjetivo deve triunfar, pois os direitos morais podem ser tão fortes que imponham uma obrigação moral ao juiz de aceitá-los e aplicá-los.

E quanto isso, em conclusão, Regan<sup>29</sup> salienta a classificação de sujeito-de-uma-vida como solução ao caso, indagando:

<sup>27</sup> SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; LACERDA, Juliana. Os animais no direito brasileiro: desafios e perspectivas. *Revista Amicus Curiae*, Criciúma, v. 12, nº 2, 2015, p. 187.

<sup>28</sup> GORDILHO, Heron J. de Santana. Habeas corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador (BA). *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 01, nº 1, 2006, p. 277.

<sup>29</sup> REGAN, Tom. *Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos animais*. Porto Alegre: Lugano, 2006, p. 73.

Por que ser sujeito-de-uma-vida é uma idéia importante? Porque funciona onde as outras possibilidades que nós consideramos falham. A família de características que definem esta idéia nos torna todos iguais de forma que nossa igualdade moral faça sentido. Eis o que eu quero dizer.

Destarte, o supramencionado autor, ao trazer essa classificação de sujeito-de-uma-vida como solução para a compatibilização do sistema protetivo, busca englobar todas as qualidades relevantes de todo ser vivo, considerando tanto a racionalidade humana quanto a sciência de certos animais, de modo a padronizar um critério como forma também de se padronizar a própria proteção.

## CONCLUSÃO

A partir do estudo aqui exposto, constatou-se que, embora ainda persista a visão e interpretação antropocêntrica na sociedade brasileira, impedindo com que se confira a devida proteção aos animais não humanos, o tema vem sofrendo pequenas modificações ao longo do tempo, evoluindo lentamente para caminhar no sentido da redefinição da natureza jurídica dos animais não humanos.

No primeiro capítulo foram avaliadas as diversas visões sobre a natureza jurídica dos animais não humanos, como forma de criticá-las para se chegar na que melhor se adequa ao objetivo de se efetivar a proteção necessária.

Já quanto ao segundo capítulo, analisou-se o repertório jurídico atual sobre o tema, demonstrando que subsiste uma incompatibilidade entre as previsões existentes, ao ponto de não conseguir cumprir corretamente o objetivo de proteger devidamente aos animais não humanos.

No tocante ao terceiro capítulo, sedimentou-se o caminho para se efetivar a mudança paradigmática sobre a natureza jurídica dos animais não humanos, como forma de guiar e definir o modo como analisar os futuros casos inseridos dentro da temática tratada.

Assim, verificou-se que, pelas leis e jurisprudência, para o atendimento de determinados grupos da sociedade, exceções são feitas para salvaguardar outros valores, em detrimento da integralidade da vedação aos maus-tratos às demais espécies de seres vivos.

Nesse sentido, enfrenta o tema problemas como a ponderação com a liberação religiosa, no que diz respeito aos sacrifícios de certas espécies de animais; com a proteção da cultura e a de patrimônio histórico imaterial; com a questão das pesquisas laboratoriais; e, ainda, com as práticas da indústria alimentícia.



Dessa forma, o entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na importância crucial de uma mudança paradigmática, avançando na classificação jurídica dos animais não humanos, para conferir-lhes o *status* de sujeitos de direitos despersonalizados, como melhor solução para efetivar a respectiva e devida proteção efetiva.

E isso se dá, pois sequer necessitaria haver transformações legislativas, como a do Projeto de Lei da Câmara nº 27/2018, bastando que se realizar a sua defesa por meio de substituição processual de certas entidades na forma de curador ou guardião.

Mostrou-se, então, que a tendência é caminhar no sentido de trazer gradativamente legislações de caráter mais protetivo aos animais não humanos, em processo de compatibilização com a Constituição Federal de 1988 e a crescente corrente do biocentrismo, em virtude da relevância que vem ganhando a noção de meio-ambiente sustentável.

Portanto, deve haver uma reinterpretação da natureza jurídica dos animais não humanos, fazendo estes prevalecerem sobre outros determinados valores, em prol da proteção da fauna e do próprio meio ambiente, redefinindo a relação do ser humano com a natureza para além da simples noção de utilitarismo, ou seja, útil para si mesmo.

Destarte, a conclusão inafastável que se chega é a de que se faz mister alterar a natureza jurídica dos animais não humanos, reconhecendo-os como seres dotados de sentiência, capazes de sentir e, por consequência, sofrer; para que, então, sejam considerados como sujeitos de direitos, merecendo ter respeitada uma dignidade própria deles, e não meramente exclusiva dos seres humanos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 07 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 07 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)>. Acesso em: 18 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.364*, de 29 de novembro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm)>. Acesso em: 18 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei da Câmara nº 27*, de 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7729363&ts=1574367802793&disposition=inline>>. Acesso em 30 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.713.167-SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1717000&num\\_registro=201702398049&data=20181009&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1717000&num_registro=201702398049&data=20181009&formato=PDF)>. Acesso em: 30 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADIN n. 1.856-RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADIN 4.983/2013*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311683661&ext=.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 153.531-SC*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 494.601-RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE494601MMA.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Lei Estadual n° 3.714*, de 21 de novembro de 2001. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/69d90307244602bb032567e800668618/84f3e5be7b93b06803256b0d00473a13?OpenDocument>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

FIUZA, César; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. Dos fundamentos da proteção dos animais: uma análise acerca das teorias de personificação dos animais e dos sujeitos de direito sem personalidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: RT, n. 1, v. 1, out.-dez. 2014., p. 189-208.

GONÇALVES, Thomas Nosch. *Animais não humanos e sua natureza jurídica sui generis, tornando-se assim sujeito de direitos despersonificados*: 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%ADica+sui+generis%2C+tornando-se+assim+sujeitos+de+direitos+despersonificados.+Uma+breve+an%C3%A1lise+do+PL+2718>>. Acesso em: 07 set. 2019.

LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida – crítica à razão antropocêntrica. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 01, n° 1, 2006, p. 171-190.

MELO, Reinaldo Aparecido de; RODRIGUES, Juliana. Direitos dos animais no ordenamento jurídico brasileiro: um olhar sobre as iniciativas legislativas para a abolição da tração animal. *Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito*, 15. ed, jan. 2019.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

REGAN, Tom. *Jaulas Vazias*: encarando o desafio dos direitos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006.





SANTANA, Heron J. de et al. Habeas corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador (BA). *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 01, nº 1, 2006. p. 261-280

SCHEFFER, Gisele Kronhardt. *Diálogos de Direito Animal*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2019.

\_\_\_\_\_. *Direito Animal e Ciências Criminais*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2018.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LORENZONI, Isabela Lyrio. A tutela jurídica material e processual da senciência animal no ordenamento jurídico brasileiro: análise da legislação e de decisões judiciais. *Revista Jurídica UNICURITIBA*, Curitiba, v. 03, nº 52, p. 430-457, 2018.

SOUZA, Fernando Speck de; SOUZA, Rafael Speck de. *A tutela jurídica dos animais no Direito Civil Contemporâneo (Parte 3)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/tutela-juridica-animais-direito-civil-contemporaneo-parte>>. Acesso em: 07 set. 2019.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; LACERDA, Juliana. Os animais no direito brasileiro: desafios e perspectivas. *Revista Amicus Curiae*, Santa Catarina, v. 12, nº 2, p. 184-202, jul./dez. 2015.

STROPPA, Tatiana; VIOTTO, Thaís Boonem. Antropocentrismo x Biocentrismo: um embate importante. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 09, nº 17, 2014, p. 131.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 333.

## CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA: UMA ANÁLISE SOBRE O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO NA ADO Nº 26 E NO MI Nº 4733

Vitória Caron da Silva Reis

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

**Resumo** - este artigo tem como principal objetivo realizar uma análise descritiva do cenário científico-jurídico sobre o qual se desenvolveu a interpretação conforme da legislação penal brasileira de forma a abarcar as condutas discriminatórias contra as liberdades das minorias homossexual e transexual. Não se pretende o exame detalhado das críticas sociais e jurídicas feitas à decisão tomada no âmbito do controle de constitucionalidade da omissão legislativa precedente, mas tão somente a sucinta, como, em razão de seu tamanho, não poderia deixar de ser, reflexão da eficiência da ciência jurídica como instrumento pacificador da sociedade.

**Palavras-chave** - Direito Constitucional. Omissão legislativa preconceituosa. Interpretação conforme.

**Sumário** - Introdução. 1. Os avanços da genética e a necessária atualização da ciência do Direito. 2. Da indispensável função contramajoritária no sistema democrático brasileiro. 3. Do exercício da interpretação penal-constitucional. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem intuito de abordar a atividade hermenêutica realizada pelo Supremo Tribunal Federal ao construir uma solução para as questões sociais estimuladas pela inobservância legislativa do mandado constitucional de criminalização insculpido no inciso XLI do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Pretende demonstrar, sobretudo, o aspecto científico-jurídico da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) nº 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e do mandado de injunção nº 4733, de relatoria do Ministro Edson Fachin.

Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora legislativa para incriminar condutas atentatórias aos direitos fundamentais da população LGBTQ+ e, por maioria, votou pela possibilidade de enquadramento de condutas homotransfóbicas como o tipo penal definido na Lei nº 7.716/1989 (Lei de Racismo). A criminalização tem efeitos *ex nunc* e perdurará até a edição, pelo Congresso Nacional, de norma neste sentido.



Para tanto, sob enfoque interdisciplinar, abordam-se as possibilidades interpretativas feitas por outras áreas do saber, de modo a discutir se as condutas homotransfóbicas perpetradas na sociedade brasileira estão abarcadas no conceito de racismo.

A inércia legislativa em observar o mandado constitucional de criminalização traduz verdadeiro gesto de desprezo pela norma fundamental. No contexto fático, soa ainda mais preocupante: a omissão intencional da maioria legítima ações e omissões injustas e cruéis contra determinadas minorias, em flagrante desrespeito aos seus direitos fundamentais. Neste sentido, questiona-se: compete ao Poder Judiciário, em um Estado Democrático de Direito, o exercício do papel contramajoritário? Caso positivo, como adotar uma decisão de acordo com o ordenamento jurídico pátrio?

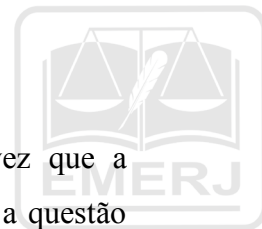
A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no dia 13 de junho de 2019 foi muito discutida e, por isso, merece especial atenção, uma vez que é sempre delicado o controle de constitucionalidade de leis penais.

Como a questão tem cunho eminentemente hermenêutico, faz-se necessário iniciar a exposição do atual conceito de "raça" para questionar se, ao contrário do conhecimento popular perpetrado, o crime de racismo da Lei n. 7.716/1989 abarca ou não condutas homofóbicas e transfóbicas. Considerando que a decisão foi tomada em sede de controle de constitucionalidade de leis por omissão do Estado demonstra-se, ainda, se cabe ao Supremo Tribunal Federal o papel contramajoritário e se a solução será meio apto a produzir as consequências mais desejáveis ou evitar as consequências mais indesejáveis dentro da realidade social brasileira.

Considerando que o Direito não é a autossuficiente e depende, portanto, de outras ciências, inicia-se o primeiro capítulo demonstrando que o conceito histórico de "raça", comumente compartilhado no contexto social, não pode ser aceito pela ciência do direito, sob pena de se perpetrar uma forma de controle ideológico de poder.

O segundo capítulo deste trabalho identifica que a raça que se pretende proteger na ADO nº 26 e no MI nº 4733 é uma minoria e indaga a quem caberia, ante a omissão proposital da maioria no Poder Legislativo, esse papel contramajoritário.

Por fim, a pesquisa de que forma caberia eventual exercício dessa função contramajoritária. Isto é, analisa-se de que forma seria possível impor limites para as decisões ou ausência de decisões legislativas violadoras de direitos fundamentais dos homossexuais e dos transexuais.



A pesquisa é desenvolvida pelo método da lógica do razoável, uma vez que a pesquisadora pretende explorar de maneira interdisciplinar a decisão adotada para a questão social posta em juízo, com intuito de constatar a razoabilidade da solução dada.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, haja vista que a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em evidência, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para bem como do estudo do caso consolidado no julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4733.

## 1. OS AVANÇOS DA GENÉTICA E A NECESSÁRIA ATUALIZAÇÃO DA CIÊNCIA DO DIREITO

Quando há um conflito dentro de uma alcateia de leões, por exemplo, seus integrantes solucionam o impasse através da força. Utilizam, portanto, lutas mortais para solucionar suas desavenças<sup>1</sup>. A raça humana, por seu turno, desenvolveu e elegeu o Direito como o mecanismo apto a resolver eventuais conflitos sociais que surgem da convivência. Assim como outras ciências, portanto, o Direito é produto da criação humana.

O Direito, como instrumento regulador da sociedade, não é estático e existe para diminuir as incertezas da vida social. Sendo a própria sociedade algo dinâmico, que não está fadada à imutabilidade, o Direito, para continuar útil, deve movimentar-se no mesmo sentido e buscar adaptar as situações concretas vividas às normas jurídicas existentes.

Sujeitas, portanto, às consequências do dinamismo social, as normas jurídicas são interpretadas e reinterpretadas a todo momento. Afinal, nenhuma norma é criada com finalidade de ser mera expectativa e o objetivo do Direito é promover a engenharia social<sup>2</sup>.

Nesse sentido, constatou-se, na sociedade brasileira, sobretudo nos últimos anos, um aumento de condutas que tinham como principal escopo segregar determinados grupos. Dentre os principais alvos dessas condutas discriminatórias perpetradas no contexto social brasileiro estão os homossexuais e os transexuais.

Inadmissível dentro de um Estado Democrático de Direito, o conflito social oriundo da discriminação contra homossexuais e transexuais clamou por uma solução jurídica. Verificou-se, em um primeiro momento, que o Direito, instrumento finalisticamente destinado a

<sup>1</sup> MOREIRA, Fernando. *Leões travam batalha de duas horas por território e fêmeas*. Disponível em: <<https://blogs.oglobo.globo.com/pagenotfound/post/leoes-travam-batalha-de-duas-horas-por-territorio-femeas-511306.html>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

<sup>2</sup> No mesmo sentido, Ferdinand Lassalle desenvolve a ideia de que as Constituições devem representar fatores reais de poder, sob pena de se tornarem ineficazes e restar apenas a "folha de papel". LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 9. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 39.



pacificar questões sociais, aparentemente não apresentava uma resposta apta a repreender condutas homotransfóbicas.

No entanto, o Direito, além de não ser estático, não é autônomo. Ele depende de outras ciências para produzir resultados, isto é, para ter efetividade e gerar o efeito pacificador esperado - há, portanto, uma espécie de complementariedade entre a ciência jurídica e as ciências não jurídicas<sup>3</sup>. Dessa forma, avanços e alterações em outras áreas do saber podem implicar em alterações diretas no entendimento de normas positivadas.

Não há possibilidade, portanto, de o Direito, instrumento apto a regular as sociedades, ignorar eventuais avanços nos demais ramos do saber. Para não ficar ultrapassado, o Direito também deve acompanhar tais evoluções científicas.

Por vezes, tais avanços científicos alteram substancialmente a forma de encarar e a essência de determinado instituto jurídico e, conseqüentemente, provocam reflexos na interpretação das normas.

Foi o que aconteceu, por exemplo, quando a engenharia genética se voltou à pesquisa do sequenciamento genético humano. O denominado "Projeto Genoma" foi um consórcio internacional realizado entre 18 (dezoito) países<sup>4</sup>, dentre eles o Brasil, que concluiu pela existência de uma única raça humana. Segundo o referido estudo genético, seres humanos de fato apresentam variações psicofísicas, mas que não têm condão de implicar em diferentes classificações entre eles. Seríamos, portanto, todos de uma única raça: a raça humana.

Sendo a raça humana única, qualquer distinção que se procure estabelecer dentro dessa raça será fruto de uma construção social e, portanto, genuíno racismo social. Ora, a segregação de seres geneticamente iguais, por qualquer que seja o motivo, nada mais é do que uma discriminação socialmente construída.

A conclusão a que chegou a engenharia genética alterou de forma substancial o conceito de racismo, posto que demonstrou que qualquer discriminação dentro da raça humana seria produto de criação histórico-social desenvolvida para fundamentar eventuais estigmatizações. Por isso, o racismo consiste em ideologia de exclusão e está, em verdade, nas distinções sociais feitas.

Nesse sentido, verificou-se que àquelas condutas discriminatórias perpetradas por seres humanos em razão única e exclusivamente da não identificação com a orientação sexual e/ou identidade de gênero de outros seres humanos eram comportamentos hostis que tinham

---

<sup>3</sup> Em defesa da formação multidisciplinar dos magistrados em razão da necessidade de diálogo com outras ciências, ver VILELA, Hugo Otávio Tavares. *Além do direito: o que o juiz deve saber: a formação multidisciplinar do juiz*. Brasília: Conselho Federal de Justiça - CJF, 2015.

<sup>4</sup> U.S. DEPARTMENT OF ENERGY. Disponível em: <<http://www.ornl.gov/hgmis>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

como base uma distinção social e consistiam, por isso, verdadeiro racismo socialmente desenvolvido.

Assim, a conclusão a que chegou a engenharia genética no Projeto Genoma teve condão de atingir diretamente a realidade jurídica nacional, haja vista que a ordem constitucional brasileira, nos incisos XLI e XLII do art. 5º, expressamente determina a punição de quaisquer formas de discriminação, em especial, o racismo<sup>5</sup>. Logo, em razão de avanços na ciência genética e da consolidação do entendimento consubstanciado na unicidade da raça humana, houve necessidade de atualização do conceito popularmente construído para definir a prática de racismo, positivado na norma infraconstitucional nº 7.716/1989<sup>6</sup>.

Se a raça humana é una, não se presta a definir a discriminação entre os mesmos seres. Mesmo assim, é inconteste que grupos predominantes da raça humana desenvolvem ideologias, por meio de critérios excludentes, com intuito de justificar condutas discriminatórias perpetradas contra determinados grupos minoritários. O racismo é, portanto, o julgamento feito por um ser humano com relação ao outro em razão de motivo socialmente elencado para justificar àquela suposta superioridade (que, na realidade, conforme dito anteriormente e cientificamente comprovado, não existe).

Considerando tais constatações, práticas discriminatórias aos direitos e liberdades fundamentais de homossexuais e de transexuais são condutas racistas que podem ser enquadradas no crime tipificado na Lei nº 7.716/1989<sup>7</sup>, pois subdividem seres igualmente humanos em grupos distintos em razão, respectivamente, da orientação sexual e da identidade de gênero, com intuito de hierarquizá-los como seres inferiores.

É bem verdade que poder-se-ia adotar o significado histórico e popular de racismo para interpretar a lei<sup>8</sup>. No entanto, a proteção, além de insuficiente, desconsideraria a violenta realidade social subjacente e deixaria de proteger minorias ameaçadas, quais sejam, homossexuais e transexuais<sup>9</sup>. Atualizar o direito e adotar, nesse caso, o conceito

<sup>5</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 out. 2019.

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei nº 7.716*, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm)>. Acesso em: 10 out. 2019.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Reconhece-se, aqui, que a atualização legislativa não está imune a críticas de ordens, principalmente, históricas e sociais. Veja-se, nesse sentido, CORBO. Wallace. *Racismo sem raça?* Criminalização da homotransfobia e a invisibilização da negritude. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-sem-raca-criminalizacao-da-homotransfobia-e-a-invisibilizacao-da-negritude-27052019>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

<sup>9</sup> Conforme inicialmente explanado, não cabe aqui análise da tensão política de decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade exercido pela Corte Constitucional. A propósito, sobre o a atuação pragmática da Corte Constitucional e o caráter político de decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade para proteção de direitos fundamentais, acertadamente assevera o Ministro Luis Roberto Barroso "O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o contextualismo, a significar que



cientificamente retificado de raça para definir o crime de racismo é proteger os direitos e liberdades fundamentais constitucionalmente assegurados daquelas minorias e observar a vedação à proteção insuficiente. Afinal, como acertadamente observa Pontes de Miranda, "se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, tem de preferir-se aquela que lhe insufla a mais ampla extensão jurídica"<sup>10</sup>. Essa é a premissa fundamental deste estudo, que convém, desde já, revelar.

## 2. DA INDISPENSÁVEL FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA NO SISTEMA DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

Esclarecidas a unicidade da raça humana e a conseqüente atualização do conceito de "racismo", assim como devidamente demonstrada a possibilidade científico-hermenêutica de inserção de práticas discriminatórias aos direitos e liberdades fundamentais de homossexuais e de transexuais como crime de racismo, passa-se a investigar quem, ante a omissão proposital da maioria (representada pelo Poder Legislativo), deveria assumir o papel contramajoritário no cenário constitucional brasileiro.

As principais escolhas morais feitas por uma sociedade democrática constam na Constituição<sup>11</sup>. Por isso, o Estado Democrático de Direito (art. 1º da CRFB/88<sup>12</sup>) é um Estado em que as leis e os poderes públicos<sup>13</sup> observam o caráter, os preceitos e os valores constitucionais, especialmente: a não concentração de funções em um único órgão, a independência de poderes, o devido processo legal e os direitos fundamentais.

---

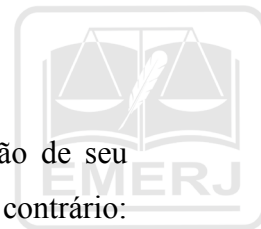
a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores conseqüências possíveis para a sociedade como um todo". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

<sup>10</sup> PONTES DE MIRANDA apud MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo tributário*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.89.

<sup>11</sup> Segundo o jurista alemão Konrad Hesse, a Constituição é a "ordem jurídica fundamental da coletividade (*Die Verfassung ist die rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens*)". KONRAD HESSE apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1000.

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>13</sup> Como, há muito, ao discorrer sobre a necessidade de virtude em um Estado popular, assinalou Montesquieu "numa monarquia, onde quem manda executar as leis se julga acima das leis, tem-se a necessidade de menos virtude do que num governo popular, onde quem manda executar as leis sente que ele próprio a elas está submetido e que delas sofrerá o peso". MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la. *L'esprit des lois* tradução. Curitiba: Juruá, 2000, p. 30.



Engana-se, no entanto, quem acredita que a política democrática, em razão de seu caráter precipuamente majoritário, deve respeitar apenas a vontade da maioria. Ao contrário: uma democracia, para ser considerada um verdadeiro regime político democrático, deve fazer prevalecer a vontade da maioria, desde que respeitados os direitos fundamentais e os direitos da minoria. Caso contrário, não poderá, jamais, ser denominada "democracia".

A democracia pressupõe o respeito à minoria, pois, se prevalece a vontade da maioria sem respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados às minorias, verifica-se a corrupção do regime político da democracia corresponde à "ditadura da vontade da maioria".

Desta feita, imperiosa a observância dos direitos fundamentais das minorias, quais sejam: o direito de existir (afinal, para haver maioria tem que haver minoria), o direito ao uso da palavra e a expectativa legítima de virar maioria. Por conseguinte, determinada legislação ou mesmo ausência de legislação que desrespeite tais direitos será flagrantemente antidemocrática e inconstitucional.

A situação sob análise amolda-se perfeitamente à problemática exposta: não obstante o mandato constitucional de criminalização dos incisos XLI e XLII do art. 5º da CRFB/88<sup>14</sup>, a ausência de conduta da maioria da população, representada pelo Poder Legislativo, passou a ferir avassaladoramente o direito de existência de determinada minoria<sup>15</sup>, qual seja, os homossexuais e os transexuais. Dessa forma, após anos de inércia, constatou-se que apenas uma força contramajoritária seria capaz de alterar o infeliz quadro fático social opressivo vivido por tais minorias. A quem caberia, entretanto, seu exercício?

Ora, por excelência<sup>16</sup>, atribui-se a hermenêutica jurídica do conflito<sup>17</sup> ao Poder Judiciário. A integração da realidade social através do processo interpretativo jurídico cabe, portanto, ao único poder que, em hipótese alguma, recebe voto popular. Isso não implica, no entanto, afirmar que o Poder Judiciário não é um poder representativo: o Judiciário não é um poder representativo da maioria social prevalecente, mas sim representativo da minoria social

---

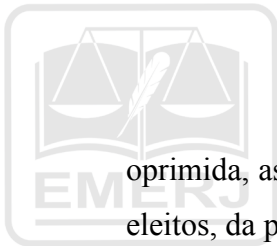
<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>15</sup> Sobre o direito subjetivo à observância do dever de proteção ver MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 585.

<sup>16</sup> Afirma-se, aqui, existir a prevalência da interpretação pelo Poder Judiciário, pois concordamos com o entendimento democrático-pluralista de Peter Häberle segundo o qual a "interpretação é um processo aberto". HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da constituição - contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 11.

<sup>17</sup> A hermenêutica jurídica é definida por Luís Roberto Barroso como "um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito". BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 103.





oprimida, assim como, nos casos em que há déficit de representação com relação aos poderes eleitos, da própria maioria.

Considerando que a democracia brasileira é tripartite e dois dos poderes são representativos da maioria (Legislativo e Executivo), cabe ao Judiciário a representação das minorias para manutenção da própria democracia<sup>18</sup>. O Poder Judiciário, portanto, é quem deve fazer valer, dentre outros, o direito de existência das minorias ameaçadas - principalmente em se tratando de hipótese de garantia de direitos fundamentais pela Corte Constitucional.

Por conseguinte, atos omissivos e comissivos (das majorias) atentatórios aos direitos das minorias, como os homossexuais e os transexuais, não só podem, como devem ser controlados pelo Judiciário<sup>19</sup> - função que se denomina "papel contramajoritário". Tal função é legitimada, conforme demonstrado anteriormente, sobretudo em razão da opção da vontade popular originária (ou poder constituinte) pelo regime político democrático (art. 1º da CRFB/88)<sup>20</sup>. Afinal, os direitos fundamentais das minorias não podem ser atropelados por deliberação ou mesmo ausência de deliberação política majoritária.

Cabe aqui uma ressalva: é verdade que a separação de poderes é um princípio constitucional brasileiro (art. 2º da CRFB/88<sup>21</sup>), mas também é verdade que nenhum princípio é absoluto e, por isso, em alguns casos, prevalecerá o princípio dos freios e contrapesos (*checks and balances*), concomitantemente vigente no ordenamento jurídico. O controle da omissão legislativa preconceituosa com relação ao racismo social perpetrado contra homossexuais e transexuais desenvolve-se, em busca da realização constitucional e do respeito à vontade constituinte, a partir dessa primeira ponderação<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Assim entende Cláudio Pereira de Souza Neto ao afirmar que "[a]inda que limitando o princípio majoritário, em favor de direitos fundamentais, o judiciário estará, assim, exercendo a função de guardião da democracia e se atendo ao campo da neutralidade política, em que se situa o consenso procedimental". SOUZA NETO apud SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 133.

<sup>19</sup> Corroborando este entendimento, Dirley da Cunha Júnior peremptoriamente assevera que "o Poder Judiciário não só pode como deve, no exercício da jurisdição constitucional integrar a ordem jurídica e suprir a omissão - asseveramos, inconstitucional - dos órgãos de direção política, à guisa de um efetivo controle dessa omissão. Não estão em jogo, aqui, as oscilações político-partidárias, mas sim a imperatividade da Constituição e o respeito pela vontade popular, fonte do maior de todos os Poderes: o Poder Constituinte! Ao contrário do que muitos comodamente advogam, os ideais de um Estado Constitucional Democrático de Direito estão a exigir essa firme postura do Judiciário, e não a repeli-la!". CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 138.

<sup>20</sup> No mesmo sentido, BARROSO, op. cit., p. 143.

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>22</sup> Adota-se, aqui, a ponderação definida por Humberto Ávila, como de sentido amplo e sopesamento de razões, internas e externas, na interpretação normativa. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 150.



Frise-se, ademais, que a política criminal é consequência de escolhas legislativamente feitas acerca do sistema de justiça. A eleição sobre o papel da lei penal compete, portanto, à política, que, conforme exposto, não está alheia aos direitos fundamentais das minorias<sup>23</sup>. Sendo omissa, cabe à jurisdição constitucional, exercendo verdadeira função contramajoritária, atuar no campo penal-constitucional<sup>24</sup>, seara jurídica predominada por direitos fundamentais dos indivíduos.

É bem verdade que o Estado, no caso de condutas homotransfóbicas, poderia vir a pecar por omissão ou por ação, ou seja, respectivamente, a função majoritária legislativa se omitiria ou a função contramajoritária judicial agiria. As justificativas jurídicas, tanto para um, quanto para outro, poderiam ofender o ordenamento jurídico. Assim, optou-se, ante a árdua escolha posta no julgamento conjunto da ADO n° 26<sup>25</sup> e do MI n° 4733<sup>26</sup>, proteger as minorias - haja vista tratar-se do ponto de sobrevivência da própria democracia.

### 3. DO EXERCÍCIO DA INTERPRETAÇÃO PENAL-CONSTITUCIONAL

Estabelecido a quem caberia o papel contramajoritário no atual cenário democrático brasileiro, verifica-se, neste capítulo, como seria possível proceder à expurgação da omissão legislativa incompatível com a ordem constitucional vigente. Analisa-se, portanto, a técnica de decisão que, tanto quanto possível, melhor expressasse o contexto fático subjacente, inclusive abarcando o avanço científico da ciência genética, e assegurasse a eficácia das normas constitucionais, sobretudo com relação aos direitos fundamentais envolvidos.

Sendo a Constituição a norma fundamental de uma sociedade<sup>27</sup>, qualquer norma ou ausência de norma infraconstitucional que contrarie o espírito constitucional será flagrantemente inconstitucional - daí a justificativa para o surgimento do controle concentrado

<sup>23</sup> Sobre a superação do entendimento da irrestrita liberdade legislativa ver MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p.1178.

<sup>24</sup> Nesse sentido, afirma Ademar Borges que "se o desenho institucional da política criminal é dado pelo legislador, a sua concretização pelos juízes não é tarefa de simples execução. O componente criativo presente no momento da interpretação e aplicação das normas penais é amplíssimo, fazendo do Judiciário uma engrenagem fundamental do próprio conteúdo da política criminal concretamente praticada no país. Essa coautoria do Judiciário na concretização da política criminal se torna especialmente relevante na medida em que se considera o dever imputado aos juízes de interpretar as normas penais conforme a Constituição". SOUZA FILHO, op. cit., p. 43.

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO n° 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>>. Acesso em 17 dez. 2019.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI n° 4733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>>. Acesso em 25 mai. 2020.

<sup>27</sup> Nessa linha, asseveram Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco que norma fundamental é aquela "que, numa determinada comunidade política, unifica e confere validade às suas normas jurídicas, as quais, em razão e a partir dela, se organizam e/ou se estruturam em sistema". MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p.1.



de constitucionalidade: a supremacia constitucional<sup>28</sup> protege as principais escolhas de um povo (feitas por meio do poder constituinte originário) das decisões cotidianamente tomadas pelos seus representantes<sup>29</sup>. Ou seja, não basta ser fruto da vontade da maioria, faz-se necessário que a ação ou omissão daquela maioria também que seja constitucional.

Não obstante a vigência constitucional democrática brasileira há mais de 30 anos, o dever de proteção nos casos de discriminação preconceituosa contra homossexuais e transexuais não foi observado e, por isso, fica aquém dos mandamentos constitucionais. Na verdade, o legislador ordinário ignorou-o por completo.

Assim, em atenção aos mandamentos constitucionais e direitos fundamentais, sobretudo ao mínimo existencial e à autonomia dos indivíduos, indene a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis penais tanto sob o prisma da proibição do excesso (ato comissivo), como também sob a ótica da proibição da insuficiência (ato omissivo)<sup>30</sup>. Cumpre, portanto, ao controle de constitucionalidade, exercido pelo Judiciário, aniquilar essa peculiar forma de afronta à norma fundamental. Assim, por se tratar de omissão negligente, caberia o exercício da jurisdição constitucional nos termos do art. 103 da CRFB/88<sup>31</sup> e da Lei nº 9.868/99<sup>32</sup>.

Instado, por legitimados ativos para tanto, a se manifestar sobre a omissão discriminatória, a Corte Constitucional brasileira percebeu que tão somente reconhecer a omissão legislativa por meio de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (posto que impossível) levaria apenas a um agravamento da omissão: muito embora houvesse inequívoca ciência, agora reconhecida pela jurisdição constitucional, perpetrar-se-ia a mora. Conforme bem assinalado por Marx, "a soma de dois erros não gera um acerto, mas um 'erro ao quadrado'"<sup>33</sup>. Assim, a técnica de declaração de inconstitucionalidade seria

<sup>28</sup> Conforme lição de Cláudio Pereira e Daniel Sarmento "A supremacia da Constituição, sob esse ângulo, protegeria as deliberações do povo, expressas na sua Constituição, daquelas tomadas pelos representantes, no dia a dia da política". SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 26.

<sup>29</sup> Rechaçando a tese da dificuldade contramajoritária no controle de constitucionalidade de leis, "afirma-se que a democracia não equivale à mera prevalência da vontade das maiorias, mas corresponde a um ideal político mais complexo, que também envolve o respeito aos direitos fundamentais e a valores democráticos. Não fosse assim, poder-se-ia considerar democrático, por exemplo, o governo nazista, que ascendeu ao poder pela via eleitoral, e governou na maior parte do tempo com respaldo da maioria da população alemã". Ibid, p. 38.

<sup>30</sup> Nas palavras de Gilmar Mendes "direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)". MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., 584.

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>32</sup> BRASIL. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2020.

<sup>33</sup> Ibid., p. 1190.



insuficiente para a purgação da omissão normativa que, conforme visto, por longo período, desprezou a autoridade constitucional.

O controle da omissão legislativa preconceituosa legitimadora de opressões às minorias formadas por homossexuais e transexuais, de qualquer forma, não poderia ser realizado ao alvedrio do Poder Judiciário. Para não incidir em excessos e ser legitimamente desempenhada, a função contramajoritária, extraordinária no campo penal, deveria demonstrar a efetiva inobservância de mandamento constitucional de limitação da liberdade de alguns indivíduos em prol da concretização de direitos fundamentais de outros, isto é, o interesse público de controle, bem como o impedimento ao exercício direitos fundamentais e motivar eventual preponderância entre normas constitucionais em observância ao inciso IX do art. 93 da CRFB/88<sup>34</sup>.

Nesta toada, em razão da constatação de legislação pré-existente que, repleta de legitimidade democrática, tem como principal escopo<sup>35</sup> "empreender esforços para que não sejam feitas diferenciações entre pessoas"<sup>36</sup>, a função contramajoritária, buscando dar efetividade ao dever de proteção de direitos e liberdades fundamentais da minoria formada por homossexuais e transexuais, assim como a toda ordem constitucional, verificou a possibilidade de realização de interpretação conforme da Lei nº 7.716/1989<sup>37</sup>.

A atualização descrita no primeiro capítulo deste artigo possibilitou o surgimento de outras interpretações possíveis da Lei nº 7.716/1989<sup>38</sup>. Explica-se: como referida legislação tipifica condutas discriminatórias entre pessoas da mesma raça e a ciência genética constatou a unicidade da raça humana, as condutas homotransfóbicas já estariam abarcadas por essa lei. Logo, à luz da supremacia da Constituição, optou-se por escolher a interpretação que melhor efetivaria o mandamento constitucional, e não solenemente o menosprezaria, assim como prestigiaria a presunção de constitucionalidade de lei já vigente e sua literalidade.

---

<sup>34</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>35</sup> Sobre a importância de se investigar a vontade original do legislador, Edward Levi assevera que "na aplicação de uma lei, a intenção da legislatura é, sem dúvida, importante. As normas da interpretação de leis são formas de descobrir tal intenção. As palavras usadas são necessárias, porém insuficientes. Relatórios de comissões parlamentares podem ser elucidativos, já que rascunhos anteriores de uma lei podem mostrar trechos onde o significado foi mudado propositadamente. Projetos de lei apresentados mas não aprovados também podem ter alguma influência e as palavras faladas em debates podem ser levadas em conta". LEVI apud VILELA, op. cit., p. 38.

<sup>36</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Mensagem nº. 9 da Lei nº 7.716*, de 5 de janeiro 1989. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 de janeiro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/VEP-LEI-7716-1989.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-7716-1989.pdf)>. Acesso em: 23 mar. 2020.

<sup>37</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>38</sup> Ibidem.



Optou-se, por conseguinte, pela imediata eliminação do estado de inconstitucionalidade, de forma a garantir os direitos fundamentais envolvidos, por meio da elaboração de uma sentença aditiva, fruto do exercício da interpretação conforme da legislação penal-constitucional (democraticamente legítima)<sup>39</sup> pelo poder ao qual se conferiu a função contramajoritária.

Tendo em vista que a Lei nº 7.716/89<sup>40</sup> tipifica expressamente condutas discriminatórias e/ou preconceituosas perpetradas entre pessoas, não há o que se falar em elaboração legislativa por parte do Poder Judiciário. Ora, a única legislação infraconstitucional utilizada para correção da (absurda e preconceituosa) omissão que afetava a efetividade do dever constitucional imposto pelo inciso XLI do art. 5º da CRFB/88<sup>41</sup> é legislativa e pré-existente ao exercício interpretativo realizado no julgamento conjunto da ADO nº 26 e do MI nº 4.733.

A concretização da ordem constitucional de criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas, portanto, não careceu de legislação. Ao contrário disso, a interpretação conforme à Constituição que pôs fim à fraude constitucional pautou-se, sobretudo, na observância dos direitos fundamentais e nos princípios da legalidade e da anterioridade. A lei continua, dessa forma, sendo a maior bandeira do Direito Penal.

Ora, interpretar a Lei nº 7.716/1989 de forma a abarcar apenas determinados tipos de preconceitos, excluindo as condutas homotransfóbicas de sua incidência, mesmo após a pronúncia da inconstitucionalidade da omissão normativa, seria o mesmo que efetivar o mandamento constitucional de criminalização de discriminações atentatórias aos direitos e liberdades individuais ao arrepio do princípio da isonomia<sup>42</sup>. Sob a ótica democrático-constitucional, considerando os avanços genéticos e o escopo da legislação infralegal, por certo, não seria essa a melhor solução a ser adotada. A essa altura, parece que a decisão que mais adequadamente realiza a vontade constitucional (há muito ignorada) seria a interpretação sistemática conforme.

A questão posta a julgamento em sede de controle concentrado de constitucionalidade, portanto, foi solucionada por meio de mecanismo interpretativo do órgão investido de

---

<sup>39</sup> Como há mais de 10 anos previa Gilmar Mendes, a Corte Constitucional brasileira "acabará por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e aliar-se-á à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva (...) poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional". MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., 1257.

<sup>40</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>41</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>42</sup> Até mesmo porque, frise-se, o fundamento desta lei é a proibição de comportamento discriminatório dentro da raça humana.



jurisdição constitucional que, ressalta-se, verificando a existência de norma infraconstitucional, o avanço de outras ciências e a problemática social subjacente, declarou inconstitucional não o que a Lei nº 7.716/89<sup>43</sup> historicamente expressa, mas àquilo que se omite<sup>44</sup>, de forma a compatibilizá-la com a Constituição deste Estado Democrático de Direito. De outra forma, aliás, não poderia ser: a programática Constituição brasileira é incompatível com a ausência de atuação da preconceituosa maioria e, conforme bem ressaltado por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento "a dificuldade democrática não pode vir do remédio - o controle judicial de constitucionalidade - mas de sua dosagem"<sup>45</sup>.

## CONCLUSÃO

Verificou-se, por meio do presente trabalho, sob uma premissa maior, que o Direito, fruto de criação humana, foi eleito como mecanismo hábil a solucionar os conflitos eventualmente presentes em uma sociedade e, sob uma premissa menor, que as condutas homotransfóbicas, dentro da sociedade brasileira, apresentavam-se como um conflito que inegavelmente clamava por uma solução jurídica. Apesar do gritante conflito, o Direito brasileiro permanecia inerte e indiferente.

Após anos de vigência do Estado Democrático de Direito e de pressão social da minoria, constatou-se que a indiferença jurídica decorrida, sobretudo, da ausência de norma reguladora. O pano de fundo que marcava a questão, portanto, era a omissão legislativa.

A inércia jurídica que proporcionava a perpetuação do conflito foi, então, posta a julgamento em sede de controle concentrado de constitucionalidade e em sede mandado de injunção, remédio constitucional que busca concretizar e viabilizar direitos e liberdades. Naquela oportunidade, portanto, cobrou-se a efetividade da ciência jurídica: ora, serve ou não serve o Direito para pacificação de conflitos?

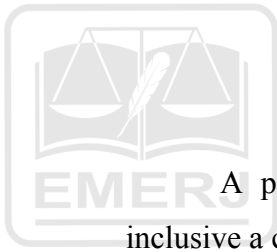
Sendo indene o caráter pacificador do Direito, de caráter global e impositivo, buscou-se analisar de que forma seria possível que o Poder Judiciário, naquele momento histórico, desse resposta ao conflito social posto a julgamento - isto é, uma vez verificada a subsunção da premissa menor à premissa maior, passou-se a analisar a eficiência da atuação judicial.

---

<sup>43</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>44</sup> Tal decisão "alarga o campo normativo de um preceito, declarando inconstitucional a disposição na 'parte em que não prevê', contempla uma 'exceção' ou impõe uma 'condição' a certas situações que deveria prever". CANOTILHO apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.183.

<sup>45</sup> SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 39.



A partir dessa perspectiva, expôs-se a necessidade de diálogo entre as ciências, inclusive a ciência jurídica. A eficiência da ciência social jurídica como instrumento regulador da dinâmica sociedade brasileira (ou qualquer outra), como visto no primeiro capítulo deste artigo, depende da sua capacidade de adaptação e multidisciplinaridade, sob pena de transformação das leis em meros pedaços de papel de concepção lassaliana.

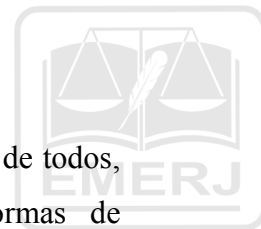
A ciência jurídica, assim como diversos outros ramos do saber, não está alheia aos progressos eventualmente alcançados por outras ciências. A partir desse diálogo foi possível dar uma resposta aos danos advindos da omissão inconstitucional legislativa legitimadora de práticas discriminatórias homotransfóbicas.

Os avanços na ciência genética contribuíram não apenas para a atualização da ciência jurídica, como também para o exercício da função contramajoritária constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade das omissões legislativas e, por fim, para a elaboração de uma resposta às crescentes e preconceituosas discriminações homotransfóbicas na sociedade brasileira.

A solução dada pelo Poder Judiciário, na assunção de seu papel contramajoritário, foi fruto de exercício interpretativo de atualização de legislação já vigente, motivo pelo qual a crítica feita por alguns, especialmente àqueles ligados a doutrina penal, de afronta ao princípio da reserva legal, demonstra uma rasa análise da questão posta a julgamento. Afinal, a omissão inconstitucional afrontava, há mais de 30 anos, a vontade do constituinte originário.

Dada a unicidade da raça humana, o simples reconhecimento da omissão legislativa demonstraria, a meu ver, a própria segregação injustificada, tão reprovável quanto àquela perpetrada no meio social. As vantagens eventualmente obtidas com o controle de constitucionalidade da omissão legislativa seriam, na prática, prontamente ignoradas pela maioria preconceituosa atuante no Poder Legislativo. Portanto, reconhecer a omissão sem apresentar uma efetiva solução jurídica, nesse caso, seria inócuo e atentatório aos direitos e liberdades individuais de uma minoria ignorada pelo legislador ordinário ao arrepio da Constituição Federal.

Foi, basicamente, em razão desse cenário que se construiu no julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4.733, repise-se, em verdadeira atuação contramajoritária (porque de outra forma não se poderia ser), uma interpretação conforme da já existente Lei nº 7.716/1989, cujo escopo, em uma ordem constitucional democrática, não poderia ser outro que não o de punir discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, aí abarcadas as condutas discriminatórias aos homossexuais e transexuais. Tratou-se, ao fim e ao cabo, de verdadeira



concretização do objetivo fundamental da República Brasileira de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Mensagem nº 9 da Lei nº 7.716*, de 05 de janeiro 1989. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 06 de janeiro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/VEP-LEI-7716-1989.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-7716-1989.pdf)>. Acesso em: 23 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.716*, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm)>. Acesso em: 8 mai 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

CORBO, Wallace. *Racismo sem raça? Criminalização da homotransfobia e a invisibilização da negritude*. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-sem->





raca-criminalizacao-da-homotransfobia-e-a-invisibilizacao-da-negritude-27052019>. Acesso em: 24 mai. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da constituição - contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 9. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo tributário*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la. *L'esprit des lois* tradução. Curitiba: Juruá, 2000.

MOREIRA, Fernando. *Leões travam batalha de duas horas por território e fêmeas*. Disponível em: <<https://blogs.oglobo.globo.com/pagenotfound/post/leoes-travam-batalha-de-duas-horas-por-territorio-femeas-511306.html>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

U.S. DEPARTMENT OF ENERGY. Disponível em: <<http://www.ornl.gov/hgmis>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. *Além do direito: o que o juiz deve saber: a formação multidisciplinar do juiz*. Brasília: Conselho Federal de Justiça - CJF, 2015.

## A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO FACE À ATIPICIDADE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS

Viviane Bernini Vilar

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada.

**Resumo** – o objetivo do presente trabalho consiste em analisar a posição do magistrado e as influências sofridas por ele diante da previsão no ordenamento de uma cláusula geral de atipicidade para medidas executivas. As medidas atípicas já existiam no Código de Processo Civil anterior, de 1973, mas as recentes alterações e inserções no Código de 2015 merecem atenção, uma vez que foi ampliada a força e abre margens para possibilidades criativas de se obter a efetividade no processo judicial. Em um primeiro momento, o tema é abordado de forma a enumerar alguns parâmetros de observância obrigatória pelo juiz, analisando possíveis influências resultantes em seu mister, antes do deferimento da medida executiva atípica. Após, objetiva-se analisar individualmente os temas da adstrição ao requerimento da parte, bem como a possibilidade de deferimento de ofício pelo magistrado. Por fim, amparado por esses pilares introdutórios, analisa-se com base na segurança jurídica, as formas de controle judicial diante do papel de efetivação da cláusula geral que coube ao magistrado.

**Palavra - Chave** – Direito Processual Civil. Execução. Meios Executivos. Atipicidade.

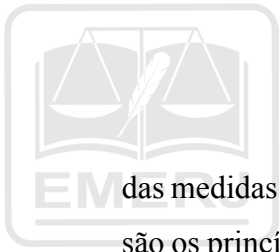
**Sumário** – Introdução. 1. Parâmetros a serem observados pelo magistrado para deferimento de medidas executivas atípicas 2. Análise sobre a (não) adstrição à medida e possibilidade de ordem *ex officio*. 3. Análise das formas de controle judicial ao poder de efetivação do magistrado. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica se presta a discutir, sem pretensão de esgotar o tema, acerca dos procedimentos e limites que envolvem a execução de meios atípicos no direito processual civil brasileiro, sob a ótica da função do juiz. Procura-se demonstrar que a possibilidade de aplicação de medidas executivas que não estão descritas na lei não implica em liberdade total para que o juízo busque efetividade da decisão judicial.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias a respeito do tema, de modo a discutir, no que tange à função jurisdicional consubstanciada na atuação do magistrado, quais os limites para a atuação no que tange as medidas executivas não previstas em lei. Em outras palavras, quais são os parâmetros de observância obrigatória que o guiarão na execução, bem como a possibilidade de atuação de ofício e, ainda, as formas de controle judicial contra decisões deste conteúdo.

Em suma, o foco do presente trabalho é analisar a atuação do magistrado voltada para as medidas executivas atípicas. Tendo em vista que o magistrado é o destinatário da apreciação



das medidas executivas que a parte interessada pretende concretizar, é importante analisar quais são os princípios e as imposições legais as quais o magistrado precisa se atentar antes de deferir que determinada medida executiva atípica afete a realidade na qual o devedor está inserido.

A Constituição Federal vigente consagrou o princípio da efetividade e da celeridade, garantindo às partes o direito à resolução integral do mérito em prazo razoável. Neste sentido, deve ser compreendido não só a fase de conhecimento que possibilita a persecução ao título judicial, mas também deve se compreender estar inserida a atividade satisfativa.

Diante deste cenário, mantendo a previsão do código de processo civil anterior, foi necessária manter e dar força a mecanismos de efetivação da tutela do crédito, o que ocorreu com o atual código de processo civil, vigente deste 2016. Dentre os mecanismos, podem ser mencionadas as medidas executivas atípicas, previstas na forma de cláusula geral dentre os diversos poderes do magistrado, com a finalidade precípua de transcender o que está escrito na decisão judicial à realidade fática, conferindo, assim, eficácia às decisões judiciais, sobretudo, às pecuniárias.

Neste diapasão, o Código de Processo Civil não limitou de forma expressa a esfera de atuação do magistrado, desta forma, em um primeiro momento é possível afirmar que não haveria limites a esta atuação, se levado em conta apenas um critério literal de interpretação. Significaria dizer que a criatividade do magistrado seria o principal guia para compelir o devedor a cumprir o título executivo.

O tema não é simples e desperta divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Por isso merece atenção, uma vez que se está diante de um poder-dever, capaz de gerar consequências para a sociedade e, eventualmente, ferir direitos em busca do direito à efetividade que, sem dúvida, detém o credor.

Para melhor compreensão do tema, busca-se expor, brevemente, acerca dos mecanismos atípicos de execução e analisar, observando o ordenamento como um todo, regras e princípios que são de observância obrigatória pelo juiz. Ato contínuo, intenciona-se dar atenção aos princípios constitucionais e àqueles reproduzidos no código civil processualista, ao se conferir poderes ilimitados para dar fim satisfativo a pretensão executória do credor.

Assim, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com análise acerca dos limites ao poder-dever do magistrado advindo do artigo 139, inciso IV do CPC, sejam eles consubstanciados nos princípios ou na própria legalidade, através, por exemplo, das medidas executivas típicas.

Já no segundo capítulo, discute-se a adstrição do magistrado ao pedido da parte, ou seja, se o magistrado estaria obrigado a atuar nos limites que a parte expressamente requereu,



em nome da congruência. Neste sentido, surge também o questionamento acerca de a possibilidade de atuação de ofício, ou seja, ordem de medida executiva atípica que a parte não requereu, também o que também é abordado no referido capítulo.

No terceiro e último capítulo, objetiva-se contrapor as problematizações que podem ensejar inicialmente eventual arbitrariedade, diante das possibilidades de controle judicial. Enumeram-se algumas formas de controle à atuação do magistrado que podem ser utilizadas, sobretudo, pelo devedor, a fim de impedir a desvirtuação do poder-dever de efetivação através da atipicidade dos meios executivos.

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, a medida que expõem as argumentações.

Ainda cumpre elucidar que a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente ao tema por ele eleito, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa para sustentar a tese.

## 1. PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS PELO MAGISTRADO PARA DEFERIMENTO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

Não é incomum que com o passar do tempo, o Direito experimente exceções a ideias que demonstravam-se rígidas, representando certo rompimento com determinada lógica até então adotada. Como exemplo, podem ser citados os meios adequados de solução de conflito, tais como a mediação e a arbitragem. Neste sentido, também é possível notar uma flexibilização no tema da execução ou cumprimento de sentença, ao passo que o legislador prosseguiu com o objetivo de inserir junto à jurisdição estatal outros mecanismos que melhoram a efetividade da tutela do direito de forma harmônica ao ordenamento e aos anseios sociais.

Isso se deu através das funções do magistrado. Comparado com a legislação processual anterior, nota-se que foram acrescentadas cinco novas hipóteses de atuação do juiz, sendo que uma delas desperta maiores questionamentos pela amplitude e, de certa forma, subjetividade advinda da norma. Tal hipótese é a disposta no inciso IV do artigo 139 do CPC<sup>1</sup>, qual seja:

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 08 fev. 2020.



determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária<sup>2</sup>.

Claramente, o objetivo do legislador ao permitir a previsão legal do supramencionado inciso, foi proporcionar a máxima efetividade à decisão judicial, para que o deslinde do processo ultrapassasse as simples palavras do julgador e fossem, na prática, integralmente cumpridas pelo devedor. Consagrou-se, assim, o princípio da atipicidade das formas executivas.

Para melhor compreensão deste princípio é importante transcrever a breve afirmação de Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>3</sup> “Trata-se da consagração legislativa do princípio da atipicidade das formas executivas, de forma que o juiz poderá aplicar qualquer medida executiva, mesmo que não expressamente consagrada em lei, para efetivar as suas decisões.”

A aplicação da atipicidade não encontra restrição em alguma forma de obrigação específica, ou seja, pode ser aplicada tanto para obrigação de fazer ou não fazer, como obrigação de dar, e, ainda, obrigação pecuniária como sinalizar a redação do inciso. Neste sentido, pode ser citada breve passagem contida na obra de Fredie Didier em conjunto com alguns outros doutrinadores, sobre execução<sup>4</sup>:

O art. 139, IV, CPC, aplica-se a qualquer atividade executiva: a) seja fundada em título executivo judicial (provisória ou definitiva), seja fundada em título executivo extrajudicial; b) seja para efetivar prestação pecuniária, seja para efetivar prestação de fazer, não fazer ou de dar coisa distinta de dinheiro.

Deste cenário, percebe-se que o tema é advindo de uma cláusula geral que diferencia-se de forma substancial com conceitos vagos e indeterminados. Os conceitos são vagos ou indeterminados se não permitirem compreensão absolutamente clara quanto ao seu conteúdo, seja por ambiguidade, polissemia, vaguidade, porosidade, ou ainda esvaziamento do termo utilizado. Por sua vez, as cláusulas gerais são expressões de conteúdo também vago, cuja permeabilidade de suas palavras capacitam a legislação a se adequar a quaisquer novas situações relevantes para o direito.<sup>5</sup>

A cláusula de atipicidade das medidas executivas atípicas é relevante porque a legislação, de forma geral, não consegue prever todas as situações jurídicas que podem ocorrer

<sup>2</sup> NAVARRO, Trícia. *A atuação do juiz e as medidas executivas no CPC/15*. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/390527161/a-atuacao-do-juiz-e-as-medidas-executivas-no-cpc-15> Acesso em: 09 set. 2019.

<sup>3</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 256.

<sup>4</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed. Salvador: Jupodivm, 2017, p. 107.

<sup>5</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 210.

na sociedade. Isso ocorre porque são constantes as mudanças de costumes e pensamentos, dos ideais políticos, os problemas sociais e os avanços tecnológicos, que contribuem para que a sociedade torne-se cada vez mais complexa. Neste sentido, o Direito procura acompanhar essas mudanças na intenção de adequar o ordenamento jurídico ao pensamento contemporâneo que se impõe.

Contudo, deve haver um consenso acerca do significado e alcance dessa cláusula pela necessidade de respeito aos princípios da legalidade e isonomia que não podem ser descartados. A cláusula geral deve indicar uma direção, sendo um ponto de partida ao intérprete, levando em consideração que só será aplicada a determinado caso concreto se ausente norma específica. Portanto, a criação de direitos depende de compatibilidade com os direitos existentes já criados por norma positivada.<sup>6</sup>

Logo, a melhor interpretação acerca das medidas executivas atípicas é que estas não podem ser adotadas indiscriminadamente, por observância de garantias fundamentais previstas na Constituição Federal e na própria legislação processual civil, sobretudo as regras previstas para o processo de execução da legislação processual específica.

A execução é pautada, sobretudo, por dois princípios que regem o direcionamento do procedimento executório, quais sejam: o princípio da patrimonialidade conforme preceitua o artigo 789 e o princípio da menor onerosidade da execução, consagrado no artigo 805, ambos do CPC<sup>7</sup>. O princípio da patrimonialidade determina que os atos da execução estejam adstritos ao patrimônio do devedor, ao passo que a menor onerosidade garante a eleição de ato menos gravoso. Assim, a atuação do juiz encontra limites em atingir a pessoa do executado, não podendo, ainda, privilegiar medida que evidentemente não garantirá a solvabilidade, por exemplo, quando restar comprovado que o devedor não dispõe de patrimônio.

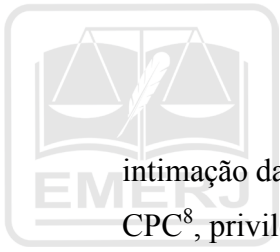
Ademais, a atipicidade dos meios executivos não se consubstancia em uma regra aplicável *a priori*. Ao contrário, a regra do sistema continua a ser o da tipicidade dos meios executivos, embora mitigada, cujo uso está autorizado quando frustrados todos os meios executivos típicos disponíveis.

Além da análise de suposta violação aos direitos e garantias fundamentais do executado, entendemos que o julgador deve verificar outros requisitos antes do deferimento da medida atípica. Após o pedido expresso do requerente, faz-se mister que o juiz determine a

---

<sup>6</sup> Ibid., p. 233.

<sup>7</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



intimação da parte contrária para se manifestar, sob pena de violar os artigos 9º e 10, ambos do CPC<sup>8</sup>, privilegiando o princípio constitucional do contraditório.

Seguindo a análise dos limites, não se pode olvidar que a decisão judicial que defere medida não prevista expressamente na lei pode confrontar o que se chama de “ordem pública processual”. Isso porque deve haver não só a concretização de interesses privados, mas também de públicos, através do processo. Leonardo Greco<sup>9</sup> sustenta que a ordem pública processual representa a existência de princípios que não podem ser afastados, cuja aplicação é absoluta, tais como: a independência, imparcialidade e competência do magistrado, a capacidade das partes, todos princípios de ordem constitucional.

Como apontado, a medida atípica é subsidiária à medida típica, ou seja, primeiramente deve-se tentar os meios previstos na legislação para constrição patrimonial. Além disso, a decisão que a defere determinada medida atípica deve, em consonância com o objeto central, observar critérios de proporcionalidade e razoabilidade, princípios constitucionais, reproduzidos na legislação processualista, além da própria efetividade, posto que não se pode insistir que o judiciário persiga crédito de alguém que claramente não possui recursos para cumprimento da obrigação.

Ainda restará ao magistrado avaliar se o executado esteja praticando atos contrários à boa-fé, como fraudes patrimoniais, bem como desrespeito às ordens judiciais. Podendo, em caso positivo, desconstituir negócios jurídicos celebrados em detrimento à execução. Dessa forma, restará resguardado o interesse público primário de um processo efetivo, sem que se promova a depreciação da autonomia da vontade das partes, privilegiando-se, por conseguinte, uma interpretação harmoniosa e sistemática do novo Código de Processo Civil brasileiro.

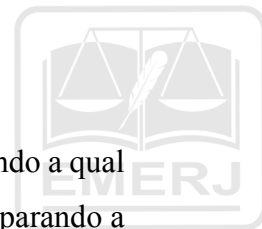
## 2. ANÁLISE SOBRE A (NÃO) ADSTRIÇÃO À MEDIDA EXECUTIVA ATÍPICA E A POSSIBILIDADE DE ORDEM *EX OFFICIO*

Como sujeitos da relação jurídica processual é possível identificar o autor, quem inicia ação judicial deduzindo pretensão perante o poder judiciário, e, o réu, aquele em face de quem a pretensão é deduzida. Somado a isso, é possível identificar que o magistrado também assume posição de sujeito na relação jurídica processual, diante do conceito moderno e publicístico do

---

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.) *Processo Civil – Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012, p. 283.



direito de ação, não mais podendo se admitir a chamada teoria linear de Köhler, segundo a qual os direitos e deveres do processo se estabeleceriam apenas entre o autor e o réu, equiparando a relação de direito material com a relação processual<sup>10</sup>.

O processo civil na lógica atual revela como plano de fundo um processo cooperativo e desta forma é possível afirmar que o juiz também é sujeito do diálogo processual, não por outro motivo que o princípio da cooperação consagrado é expresso no texto legal do CPC em seu artigo 6º<sup>11</sup>, mencionando os sujeitos processuais, os quais devem ser compreendidos na figura do magistrado e das partes, o que culmina com os atores do processo em posição de simetria, afastando qualquer ideia de protagonismo<sup>12</sup>.

Em paralelo, há o princípio do contraditório, também positivado pelo Código de Processo Civil<sup>13</sup>, novamente, devendo ser compreendido como dever de todos os sujeitos do processo, inclusive estendendo-se ao juiz, não devendo ser enxergado como direito exclusivo do réu. Assim, como o magistrado possui o dever de cooperação, o que se espera é que o *modus operandi* seja pautado na atuação com presteza, afastando a ideia de ser apenas fiscal de normas legais e mero interlocutor de lados opostos, em todos os atos processuais, inclusive na fase de execução.

Nesta fase, no caso de inércia do devedor ou insucesso de alguma medida típica, a parte interessada pode requerer especificamente medidas executivas atípicas, as quais pretende que sejam deferidas em desfavor do devedor, aguardando, assim, decisão favorável. Contudo, o provimento jurisdicional pode ser diverso daquele requerido pela parte exequente. Isso porque, cabe ao juiz a análise de diversas premissas, conforme exposto no primeiro capítulo deste trabalho, antes de entender que determinada medida executiva é a mais adequada ao caso concreto<sup>14</sup>.

Cabe ao magistrado analisar as e expor quais os motivos determinantes que o levaram a preterir determinada medida executiva em face de outra, seja ela típica ou atípica, não estando, assim, adstrito ao pedido formulado pela parte. Inclusive, o juiz pode se valer do objetivo principal de toda esta discussão para indeferir requerimentos, qual seja: a efetividade. Ora, as medidas executivas têm que se mostrar efetivas para compelir direta ou indiretamente o

<sup>10</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria do direito processual, processo de conhecimento e procedimento comum*. V. 1. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 916.

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>12</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: Necessidade de Rompimento Radical com o Sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 149, p. 9-16. Ago. 2015.

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>14</sup> TALAMINI, Eduardo et. al. *Grandes temas do novo CPC – medidas executivas atípicas*. V. 11. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 339.





cumprimento da obrigação, caso contrário, o magistrado poderá indeferir determinada medida executiva atípica, ainda que a parte exequente oportunamente a tenha requerido<sup>15</sup>.

Como exemplo, se restar comprovado nos autos que o patrimônio do executado não é suficiente para saldar dívida de alimentos, não será efetivo determinar a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação como forma de coerção, pelo contrário, é possível que o caso revele ser importante que a pessoa esteja em posse da CNH para exercício da profissão, possibilitando, conseqüentemente, a obtenção de recursos que saldem o débito. Em outras palavras, as medidas executivas atípicas não podem ser vistas como forma de vingança, nem implementadas de maneira desenfreada para provocar ou causar inconvenientes na vida do devedor insolvente.

Logo, não é a parte interessada que elege a melhor medida executiva para o caso, mas sim o juiz, sendo dever do magistrado analisar a proporcionalidade e razoabilidade, bem como a efetividade, para que tal ato executivo não venha a ferir direito fundamental do devedor ou prolongue demasiadamente o processo em vão. Caso contrário, estar-se-ia engessando a atividade jurisdicional a qualquer requerimento criativo da parte credora, admitindo-se que o judiciário aceitaria qualquer medida em nome do princípio da efetividade, tornando-o absoluto, o que não é.

A simples leitura do inciso IV do art. 139 do CPC<sup>16</sup> não é suficiente para afirmar se há ou não necessidade de requerimento da parte interessada como requisito para atuação jurisdicional no que tange ao deferimento de medidas executivas atípicas. Por esta razão, necessário se faz proceder em análise conjunta com a atuação que é permitida ao magistrado, fundada nos princípios da legalidade, do impulso oficial, eficiência, além da noção de interesse público e efetividade da decisão na qual o magistrado também é interessado<sup>17</sup>.

Corroborando com esta tese, são os dispositivos 536 e o caput e o §1º do artigo 537, ambos do CPC<sup>18</sup>, os quais revelam autorização legal expressa para atuação de ofício. Entretanto, há casos em que a lei cuidou de exigir o requerimento da parte, como exemplo pode ser citada a inclusão do nome do executado em cadastros de restrição de crédito, na forma do art. 782, §3º do CPC<sup>19</sup>. Neste cenário, a lei limitou a atuação do juiz e somente com o requerimento da parte será viabilizada a apreciação e deferimento pelo magistrado de medida executiva específica, sem o qual o juiz restará impossibilitado de proceder com qualquer determinação de ofício.

---

<sup>15</sup> Ibid, p. 340.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>17</sup> TALAMINI, op. cit, p. 347.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>19</sup> Ibid.

Nas palavras de Fredie Didier Jr<sup>20</sup>: “se a lei exige a provocação da parte para que uma medida executiva seja tomada, não pode o órgão julgador, valendo-se do seu poder geral de efetivação, determiná-la *ex officio*, sob a rubrica da atipicidade”.

Em suma, a compreensão do tema se baseia em uma dicotomia, de um lado acerca das medidas típicas, quando houver imprescindibilidade do requerimento, ao magistrado estará vedado implementá-las de ofício, ao passo que as medidas atípicas não estão expressas na lei e, por esta razão, a legislação também deixa de impor o requerimento da parte, o que autoriza o magistrado a determinar medida executiva atípica.

Corroborando com o exposto, é importante destacar o Enunciado nº 396 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 139, IV; art. 8º) As medidas do inciso IV do art. 139 podem ser determinadas de ofício, observado o art. 8º. (Grupo: Poderes do juiz)”

Como visto, é possível entender pela não adstrição do magistrado ao pedido, mas todo o pedido formulado pela parte revela a real intenção de concretizar o que consta no título executivo, em outras palavras, significa que de forma mediata o que a parte pretende é a efetividade do seu direito, traduzido na exigência de obrigação de fazer, não fazer ou dar. Portanto, qualquer que seja o requerimento, este por si só importará em forte argumento para que o juiz possa, de ofício, ordenar alguma medida atípica diversa.

Assim, a ideia de atuação *ex officio* não se mostra incompatível com o ordenamento, nem excede os poderes conferidos ao magistrado, sendo possível aferir que a tipicidade é verdadeiro obstáculo à atipicidade, pois quando o legislador impõe determinado requisito ou procedimento, não é possível ultrapassá-lo invocando a cláusula geral de atipicidade dos meios executivos.

### 3. ANÁLISE DAS FORMAS DE CONTROLE AO PODER DE EFETIVAÇÃO DO MAGISTRADO

A decisão judicial que ordena a aplicação de determinada medida executiva atípica deve observar premissas que se impõem à qualquer decisão judicial, quais sejam: a oportunidade ao exercício do contraditório e o dever de fundamentação. Ambos são requisitos de observância obrigatória no exercício da função jurisdicional, importantes ao ponto de

---

<sup>20</sup> DIDIER Jr., op. cit., p. 122.



estarem previstos na Constituição Federal<sup>21</sup> vigente, nos artigos 5º, inciso LV e 93, inciso IX, respectivamente.

Neste mesmo diapasão, no que tange ao Código de Processo Civil, este resguarda o princípio do contraditório que encontra fundamento legal nos artigos 9º e 10<sup>22</sup>, de forma a viabilizar que a parte seja ouvida previamente antes de proferida qualquer decisão, sobretudo, aquelas que lhe serão desfavoráveis, ressalvadas as exceções trazidas pela referida lei.

Conforme ensinamentos de Fredie Didier Jr.<sup>23</sup>, o princípio do contraditório pode ser compreendido sob duas concepções de garantia no processo. A primeira seria a participação nos atos processuais, que se dá através da colação de manifestações, recebimento de comunicações e, ainda, pela presença em audiências, entre outros exemplos. Já a segunda garantia, seria a possibilidade de influenciar a decisão do julgador, tendo em vista que apenas ser ouvido não é suficiente, mas é necessário que a oportunidade do contraditório seja efetiva e viável a fim de persuadir o juiz.

Esta segunda garantia se insere na dimensão substancial do referido princípio, a qual veda a prolação de decisões surpresas, que, caso ocorram, seriam ceifadas pela nulidade<sup>24</sup>. A partir desta ideia de contraditório substancial e poder de influência, é possível compreender que tal garantia impõe ao magistrado uma limitação ao exercício de julgar, sendo, assim, um artifício ao controle judicial.

Ato contínuo, seguindo as disposições constitucionais, o Código de Processo Civil<sup>25</sup> reproduziu em seu artigo 11 a necessidade de motivação de decisões judiciais, impondo ao juiz expor as razões de seu convencimento a partir da análise dos autos, da legislações e de premissas racionais. Em outras palavras, é a obrigação do magistrado exteriorizar seus pensamentos e transmitir ao jurisdicionado o porquê de determinado provimento.

Somado a isso, não se pode olvidar que a decisão judicial deve ser satisfatoriamente fundamentada, seguindo as exigências do §1º do artigo 489 do CPC<sup>26</sup>, o que impõe ao magistrado revelar os motivos determinantes e as circunstâncias fáticas que o levaram a deferir ou não determinada medida executiva típica ou atípica.

---

<sup>21</sup> BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 08 fev. 2020.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>23</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 106.

<sup>24</sup> Ibid., p. 107.

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>26</sup> Ibid.



O supracitado artigo apresenta em seu *caput* uma negativa, exprimindo as hipóteses em que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial. A partir de uma leitura minuciosa dos incisos do art. 489, §1º do CPC<sup>27</sup> é necessário enfatizar para a presente discussão, o disposto no inciso II, *in verbis*: “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”. A redação deste inciso prevê expressamente conceitos jurídicos indeterminados, mas a interpretação deve ser estendida de forma a contemplar também as cláusulas gerais<sup>28</sup>.

Certo é que o instituto das medidas executivas atípicas consubstancia um conceito aberto possibilitado pela cláusula geral de efetivação conferida pelo artigo 139, IV do CPC<sup>29</sup>. Assim, em contrapartida, a obrigação de fundamentação é uma forma de limitar esta atuação aparentemente livre do juiz. Neste sentido, o dever de fundamentar as decisões judiciais torna-se um recurso favorável ao jurisdicionado para exercício de controle judicial. Sobre este tema, vale reproduzir a posição de Lenio Streck e Dierle Nunes<sup>30</sup>, nas palavras dos autores:

Em face do novo CPC, parece-nos evidente que esta cláusula geral de efetivação implicará um ônus argumentativo diferenciado para o juiz ao fundamentar e se valer da medida, especialmente pela determinação do artigo 489, §1º, II, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, mitigando a possibilidade de arbitrariedades.

Em outras palavras, o ônus da argumentação explicativa é importante para a compreensão de quais razões levaram o juiz a optar pela medida executiva atípica em detrimento de outra, seja típica ou não, sob pena de se viabilizar comandos judiciais arbitrários. Isso porque quando o magistrado expõe as razões, a parte lesada consegue construir argumentos de forma contrária aos fundamentos do juiz, permitindo que seja utilizado o meio de impugnação por excelência: o recurso.

Neste sentido, outro meio capaz de viabilizar o controle judicial, é o recurso. No caso, tratando-se de medidas executivas atípicas, estas serão visualizadas na fase executória, seja através de ação autônoma de execução, seja através de cumprimento de sentença. A decisão judicial que defere ou não medida executiva atípica pode ser classificada como decisão interlocutória, na forma do artigo 203, §2º do CPC<sup>31</sup>, o qual apresenta a definição de decisão

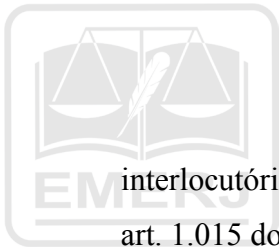
<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna. REZENDE, Luiz Otávio. *Curso de Sentença Cível: Técnica, Prática e Desenvolvimento de Habilidades*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 85.

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>30</sup> STRECK, Lenio; NUNES, Dierle. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em: 7 dez. 2019.

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



interlocutória. Logo, o recurso cabível para impugnar é o agravo de instrumento na forma do art. 1.015 do CPC<sup>32</sup>.

A hipótese dispensa análise de discussão acerca da taxatividade do rol trazido pelo artigo 1015 do CPC, ou seja, se este prevê todas as hipóteses de cabimento ou não. Isso se dá pelo fato de o parágrafo único deste mesmo artigo ter contemplado que toda decisão proferida em fase de execução poderá ser impugnada por meio de agravo de instrumento. Logo, o legislador previu expressamente, sem margens para dúvidas o cabimento de agravo de instrumento.

De forma geral, tudo o que fora até aqui exposto, incluindo os primeiros capítulos, representam mecanismos de controle ao poder geral de efetivação do juiz possibilitado pelo artigo 139, inciso IV do CPC<sup>33</sup>. Isto se deve pelo fato de todos os parâmetros interpretativos, hermenêuticos e legais serem construções do próprio Direito terem como finalidade balizar os impactos da decisão judicial na vida do cidadão e resguardar as garantias e direitos fundamentais, bem como afastar a arbitrariedade da função judicial.

## CONCLUSÃO

O problema de efetividade do judiciário brasileiro, sem dúvidas, merece esforços para que sejam implementadas soluções visando mecanismos para concretização do provimento jurisdicional. Neste diapasão, as alterações legislativas vêm demonstrando a ampliação dos poderes do juiz, com o intuito de agilizar e tornar efetiva a decisão judicial. Em especial, o artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil, confere ao juiz poderes para propiciar a satisfação precisa do direito do demandante, impondo ao devedor meios coercitivos não previstos em lei que revelam hipóteses criativas a fim de compelir a adimplência.

Contudo, tal hipótese não pode se revelar como “carta branca” a ser utilizada imoderadamente pelo magistrado. Há parâmetros de observância obrigatória que não podem ser superados em nome da efetividade. Dentre estes parâmetros estão princípios constitucionais que garantem a proporcionalidade e razoabilidade das medidas deferidas, bem como regras que devem ser observadas em nome da legalidade.

De forma geral, há vários mecanismos de controle ao poder geral de efetivação do juiz possibilitado pelo artigo 139, inciso IV do CPC que merecem atenção e estudo de forma a evitar

---

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ibid.



que os direitos e garantias fundamentais sejam respeitados também na fase de execução. Isto se deve pelo fato de todos os parâmetros interpretativos, hermenêuticos e legais serem construções do próprio Direito terem como finalidade balizar os impactos da decisão judicial na vida do cidadão e resguardar as garantias e direitos fundamentais, bem como afastar a arbitrariedade da função judicial.

Desta forma, é possível afirmar que o direito ao crédito da parte exequente não é absoluto e o provimento jurisdicional encontrará certos óbices para que sejam garantidos, sobretudo, direitos básicos do devedor. A busca da efetividade é finita, devendo o magistrado exercer papel ativo e decisivo, mas pautado na viabilidade do caso concreto.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 08 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 08 fev. 2020.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.) *Processo Civil – Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

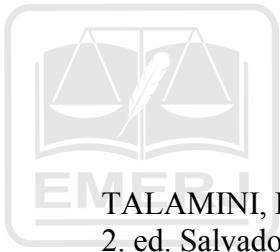
LUNARDI, Fabrício Castagna; REZENDE, Luiz Otávio. *Curso de Sentença Cível: Técnica, Prática e Desenvolvimento de Habilidade*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

NAVARRO, Trícia. *A atuação do juiz e as medidas executivas no CPC/15*. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/390527161/a-atuacao-do-juiz-e-as-medidas-executivas-no-cpc-15>> Acesso em: 09 set. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: Necessidade de Rompimento Radical com o Sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 149. Ago. 2015.

STRECK, Lenio; NUNES, Dierle. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em: 7 dez. 2019.



TALAMINI, Eduardo et. al. *Grandes Temas do novo CPC – medias executivas atípicas*. V. 11. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria do direito processual, processo de conhecimento e procedimento comum*. V. 1. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

UTILIZAÇÃO DE *SNIPERS* (ATIRADORES DE ELITE) COMO INSTRUMENTOS DE EMPREGO NA LEGÍTIMA DEFESA DO POLICIAL E DE TERCEIROS

Wallace Anthony Capdeville Breyer

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro

**Resumo** - o ato de legítima defesa é inerente à sobrevivência humana, sendo que o art. 29 CP positiva tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Através deste exame, o presente trabalho abordará o emprego dos atiradores de elite policiais (*snipers*), como meio protetivo do cidadão, face às agressões de nível mais agudo e extremo, marcando os limites desta força, frente aos requisitos da causa de exclusão de ilicitude, bem como a justificativa do seu emprego, sob o plano da imputação objetiva, em razão de ser um recurso cirúrgico que diminui o risco sofrido pelo bem jurídico. O exame perpassa o instituto do erro e as ações eivadas pelo excesso de legítima defesa. O trabalho apontará que o emprego tático do *sniper* será justificado sob a ótica do Normativismo-Funcionalista de Roxin que, longe de infringir os direitos fundamentais, reforçará a convicção de que o uso da força letal deve ser empregado como última *ratio* na eclosão do evento ofensivo, não podendo agasalhar uma doutrina militar de mera eliminação do ofensor.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Legítima Defesa. Emprego de *Snipers*

**Sumário** – Introdução. 1. Neutralização do risco na perspectiva da causa de justificação. 2. Excesso e erro na causa de justificação. 3. Neutralização do risco na perspectiva do tipo. Conclusão. Referências.

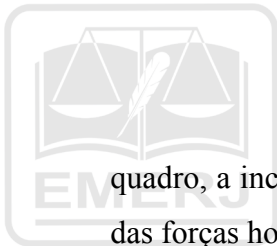
## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a viabilidade da utilização de *snipers* (atiradores de elite) como instrumentos para emprego na legítima defesa do policial e de terceiros. Neste tema, procura-se demonstrar a aplicabilidade do tiro furtivo no contexto de atuação policial, como mecanismo de proteção às vítimas, aos policiais envolvidos em operações e como procedimento eficiente na diminuição do risco.

A apresentação do problema envolve a aplicação deste recurso operacional, para mitigar os riscos das incursões policiais diante de áreas conflagradas e no campo de gerenciamento de crises com reféns.

Inicialmente, o crime organizado nas grandes cidades, especialmente, no Rio de Janeiro, se especializou no comércio de substâncias entorpecentes dentro do enclave das comunidades. A organização destes criminosos vem acompanhada de forte aparato bélico, que aliado à dificuldade geográfica de acesso, desafia as forças de segurança. Em razão deste





quadro, a incursão policial apresenta desvantagem, sendo necessário reverter o aparato bélico das forças hostis e o óbice topográfico das comunidades.

Além do enfrentamento ao criminoso fortemente armado, a aplicação do *sniper* é de grande valia no campo de negociação de crises, em que há tomada de reféns, acompanhada de impasse na evolução da solução do gerenciamento da agressão.

Assim, o presente trabalho aborta e problematiza a legalidade do emprego do tiro de precisão, como recurso defensivo do profissional de segurança pública e de terceiros.

Há que se trazer ao foco da digressão, a jurisdição da atuação dos *snipers* como instrumentos de emprego nesta causa legal de justificação, sem perder de vista o preenchimento dos requisitos legais, conforme o descrito no primeiro capítulo.

O segundo capítulo preocupa-se com as limitações do emprego do tiro inabilitante, sendo examinada a hipótese de o profissional incidir em excesso de legítima defesa ou erro, elencando-se a aplicação dos institutos nas possibilidades práticas da rotina do atirador.

Estuda-se, no terceiro capítulo, a Teoria da Imputação Objetiva como base doutrinária que respalda o emprego do *sniper*, tendo em vista que a ação valiosa do agente público reduz o resultado juridicamente desaprovado pelo autor, diminuindo-se o risco e minorando-se o desvalor deste mesmo resultado. Aqui deve ser examinada a autocolocação do agente criminoso em risco, que realiza ação perigosa de guarnecimento de pontos de traficância ou que mantém reféns em situação periclitante.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o estudo se baseará na construção de conjecturas baseadas em hipóteses, sendo que elas deverão ser revalidadas pela crítica intersubjetiva a argumentativa. O pesquisador buscará analisar o objeto problematizado com o fito de comprová-los ou rejeitá-los argumentativamente.

Os objetivos serão exploratórios, descritivos e explicativos. A fase exploratória se fará pela coleta de conteúdo que é a leitura dos dados. A fase descritiva agirá como um reflexo da fase exploratória. Há o intuito de apresentar um resultado da pesquisa, com um elemento explicativo, ou seja, valorizando a produção de conhecimento especial, interferindo no conteúdo, apresentando ideias, sugestões e veredas de interpretações.

Para tanto, a abordagem do fenômeno será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer de bibliografias pertinentes à temática em foco. O levantamento exploratório demandará o exame de legislação, doutrina jurídica e trabalhos técnicos sobre a operação peculiar do *sniper*.

## 1. NEUTRALIZAÇÃO DO RISCO NA PERSPECTIVA DA CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO

O disparo de precisão, grosso modo, é utilizado de modo furtivo e no âmbito de distâncias razoáveis, de modo que o alvo agressor não identifique a presença do profissional de segurança pública. Em razão destas particularidades, o emprego da técnica apresenta alto grau de letalidade e deve obedecer a diretrizes proporcionais na sua operacionalização.

A Portaria Interministerial do Ministério da Justiça e Secretaria de Direitos Humanos n.º 4226/2010<sup>1</sup> e a Lei n.º 13.060/2014<sup>2</sup> disciplinam as orientações sobre o uso da força e o emprego de instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança.

De acordo com o art. 2º, parágrafo único, da Lei n.º 13.060/2014, o uso de arma de fogo, apenas, será legítimo contra pessoa que represente risco imediato de morte e lesão aos agentes de segurança pública e a terceiros. Isto quer significar que tais normas inserem uma regra de proporcionalidade na ação letal do *sniper*, ou seja, sua ação neutralizante está restrita à defesa da vida e da integridade corporal.

As condições de admissibilidade para o emprego desta última *ratio* residem no núcleo essencial dos bens da higidez física pessoal. Tal norte impede uma generalização indiscriminada do emprego da força, que está delineada para proteção da vida e da integridade física essencial. Não há a menor dúvida de que o emprego de recurso tão vulnerante encontra esteios no Princípio da Proporcionalidade.

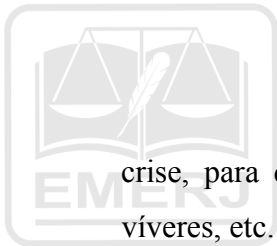
Além do critério da Proporcionalidade, o tiro inabilitante deve obedecer ao Princípio da Subsidiariedade, ou seja, se não houver urgência e, ainda, se não estiverem esgotados todos os meios de negociação, a ação do *sniper*, ainda, é despicienda. Não há dúvida de que, conforme o art. 25 CP<sup>3</sup>, há que se perquirir a presença do requisito necessidade do meio, devendo o seu emprego apresentar idoneidade e menos ofensividade ao agressor.

Evidentemente, que o emprego do tiro de *sniper*, intrinsecamente, não permite modalização do grau da ofensividade, porque o disparo, necessariamente, deve ser dirigido a uma área letal do corpo do agressor. A necessidade, a proporcionalidade e a menor ofensividade devem ser perquiridas e selecionadas antes do emprego desta tática, ou seja, através de dissuasão, negociação para rendição do elemento hostil; uso de bombas de gás lacrimogêneo em ambientes confinados sem presença de reféns; prolongamento controlado da

<sup>1</sup>BRASIL. Portaria Interministerial n.º 4.226, de 31 de dezembro de 2010. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 jan. 2011, p. 27.

<sup>2</sup>BRASIL. Lei n.º 13.060, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113060.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2020.

<sup>3</sup>BRASIL. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2020.



crise, para que o oponente seja levado ao cansaço e exaustão; racionamento ou corte de víveres, etc.

Entretanto, uma vez autorizado o disparo letal e posta em execução tal medida, no momento em que o profissional habilitado preme a tecla do gatilho, pouca perspectiva de vida terá o oponente. Na verdade, o *sniper* não tem opção entre realizar a ocisão da vida do agressor ou, apenas, lhe causar lesões corporais quando há presença de reféns. Isto, porque a ação do policial consiste num ato extremo de defesa da vida, não sendo permitidas quaisquer falhas, sob possibilidade de o criminoso agir com retaliação em face da vítima ou terceiros. A incapacitação do agressor tem que ser inequívoca, instantânea e cabal, para não permitir que o elemento hostil tenha, ainda, condições físicas de utilizar sua arma. Se o impacto não incapacitar, instantaneamente, o autor do crime, o mesmo poderá acionar o gatilho de sua arma voluntariamente ou por espasmo muscular, ocasionando o ferimento ou morte do refém.

Não há possibilidade de se cogitar disparo em zona não mortal do corpo, sendo que nenhuma doutrina de formação militar ou policial aceita uma solução de crise diferente, após deflagrado este recurso tático.

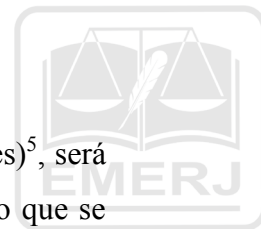
Conforme os estudos de Medicina Legal<sup>4</sup>, para que ocorra a inabilitação instantânea, sem a possibilidade de espasmo muscular, o disparo deve desligar, instantaneamente, o centro nervoso, acarretando um “efeito apagão”. Tal objetivo, somente, pode ser alcançado, com total eficiência, se o projétil de arma de fogo atingir o bulbo encefálico (medula oblonga), ou seja, o órgão controlador dos batimentos cardíacos.

O bulbo está em contato direto com a medula espinhal, sendo via de passagem de nervos para os órgãos localizados mais acima. No bulbo, estão localizados os corpos celulares de neurônios que controlam funções vitais dos batimentos cardíacos, o ritmo respiratório e a pressão sanguínea, além de possuir comandos nervosos relacionados à deglutição e a ação da tosse e do vômito.

Quando o agente agressor está em posição frontal, o que corresponde à maioria maciça dos casos, o atirador necessita que o disparo rompa os ossos da anatomia da face, sendo que, por isto, a mira, necessariamente, deve ser realizada por equipamento telescópico, no triângulo vômero-nasal (nasal, lâmina perpendicular do etmoide, concha nasal média e inferior, vômér, espinha nasal anterior e processo fronto-alveolar do maxilar).

---

<sup>4</sup>FRANÇA, Genival Veloso. *Medicina Legal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998, p. 80/82.



Através de um projétil de alta energia (geralmente, a partir de 1657,91 Joules)<sup>5</sup>, será possível romper a resistência do ar e a do triângulo vômero-nasal, atingindo o bulbo que se localiza na parte posterior, acarretando uma parada cardiorrespiratória instantânea, o que impossibilitará a ação espasmódica do agressor para premer o gatilho, garantindo que a vítima possa ser resgatada com segurança pela equipe operacional de assalto.

Por isto, a autorização do emprego deste recurso e a consequente execução do disparo, precisam ser muito bem pensados, porque, uma vez postos em prática, não haverá mais possibilidade de retorno. Deste modo, defende-se o emprego moderado e subsidiário do tiro inabilitante, pois sua ação, ontologicamente, causará, de modo inequívoco, um óbito. A proporcionalidade deve residir na escolha *ex ante* dos recursos a serem manejados e operados, sendo que tal padrão não mais existirá, uma vez posta em prática a decisão de se atirar.

Além da proporcionalidade e subsidiariedade, temos que ter em conta, que a atuação policial do disparo de comprometimento deve ser absolutamente necessária. Nesses termos, vale citar a lição de Luiz Gustavo Danzmann ao prelecionar o seguinte:

Mesmo nesses casos, em que ocorre o chamado tiro de comprometimento, a atuação policial é subsumível à ação de legítima defesa. Essa alternativa única, adotada pela polícia para neutralizar a ação do perpetrador do evento crítico – o sequestrador –, só tem lugar de ser quando o risco à vida na situação de crise se encontra num nível de insuportável tolerância: é uma situação fática de necessidade, que diante a falência da negociação e de outras alternativas táticas menos ofensivas impele o comandante da operação a ordenar o “sinal verde” para que o atirador de precisão efetue o disparo para neutralização do agressor

O risco de vida sempre existe numa ocorrência com reféns, mas é o ápice de sua insuportabilidade – quando o perpetrador está efetivamente prestes a disparar a arma contra os reféns ou outras vítimas, ou quando já o tenha feito, mas permanece a necessidade de salvar vidas –, que origina a reação policial. Configurando-se, pois, tanto uma aguda situação de necessidade, quanto o pressuposto da atualidade de uma agressão ilícita<sup>6</sup>.

<sup>5</sup>BRASIL. *Portaria Comando do Exército n.º 1.222*, de 12 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-1.222-de-12-de-agosto-de-2019-210735786.htm>>. Acesso em: 25 mai. 2020

<sup>6</sup>DANZMANN, Luiz Gustavo. *Legítima Defesa do Policial* - Limites do recurso a armas de fogo na atividade policial. Curitiba: Juruá, 2018, p. 69/70.



O autor citado deixa claro que a ordem de disparo proferida pelo comandante da operação, somente, pode ser promanada, após a verificação de risco iminente de vida, em que a agressão pungente deve ser ilícita e atual. Conforme o art. 25 CP<sup>7</sup>, a necessidade dos meios surge como critério norteador importante na análise do emprego desta força letal, estando intimamente ligada à avaliação da atualidade e iminência da agressão. Neste terreno, cabe explorar a polêmica a respeito do emprego de *snipers* para “abater”, furtivamente, agentes do tráfico que guarnecem “bocas de fumo” e realizam o patrulhamento de áreas carentes.

É de conhecimento notório que os seguranças do tráfico apresentam comportamento agressivo e territorialista, no afã de preservar os seus domínios, angariar respeitabilidade na hierarquia do crime e demonstrar bons resultados perante seus chefes. Sem dúvida, qualquer incursão do aparato policial será rechaçada com disparos de armamento automático de grosso calibre, sendo que uma eventual rendição dos “soldados do tráfico” será vista como fraqueza e pusilanimidade pelas organizações criminosas. Tal fato, além de inaceitável, pelos respectivos líderes, poderá encetar a eliminação física do subalterno. Aduza-se que muitos criminosos que atuam na linha de frente são jovens, impetuosos, arrojados, aventureiros, usuários de drogas e, muitas vezes, apresentam sérios problemas de ordem psiquiátrica e desajuste familiar.

Dentro deste quadro, questiona-se: é lícito ao *sniper*, antevendo o embate, se adiantar às circunstâncias e realizar um disparo inabilitante, com o intuito de dar cobertura aos demais agentes e permitir a progressão dos profissionais, com segurança, na área de risco? Sem dúvida, a existência ou superveniência de uma agressão atual e ilícita, configura a legítima defesa, pelo que o atirador de elite poderá justificar a força letal. Entretanto, o conceito de atualidade e iminência devem guardar coerência lógico-normativa com o instituto da legítima defesa, sob pena de desfigurá-la.

Não se pode olvidar que a atualidade e iminência devem ser aferidas de acordo com as circunstâncias fáticas, entretanto, o mundo natural não pode se encontrar, totalmente, divorciado do engate lógico dos limites temporais que permeiam o conceito de agressão. A agressão não precisa pressupor a concreção da lesão, podendo-se satisfazer com a tendência objetiva do dano, porém, o perigo agudo, a ameaça imediata e a iminente lesão estão eivadas de caráter objetivo.

O interesse objetivamente protegido do agente ou de terceiro está delineado por aspectos reais e concretos, não sendo uma “entidade etérea” e desvinculada dos

---

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

acontecimentos reais. Deste modo, o atirador não pode pressupor uma iminência de lesão, sem que haja traços objetivos de sua exteriorização.

A ação justificadora do *sniper* encontra-se delimitada objetivamente no tempo, dentro de uma relação de causalidade lógica de um “antes” e de um “depois”. Assim, a repulsa tem que ser contemporânea ao fato, de modo que o agudo agravamento do perigo tem que se aproximar, o máximo possível, da lesão ao bem jurídico ou da eclosão de uma situação crítica insuportável, num momento de crise inequívoca frente à proteção do bem jurídico.

De fato, a metrificacão da janela temporal de reação na legítima defesa não é um elemento fácil de aferir abstratamente, tendo em vista que a ação drástica exige critérios estreitos, para que a causa de exclusão seja permeada por patamares aceitáveis. Assim, a atualidade ou iminência devem estar as mais próximas possíveis da eclosão do evento crítico, sendo analisada por uma prognose objetiva imediatamente anterior.

A urgência da situação deve ser suficientemente elevada, para pressionar o elemento cognitivo e anímico do comandante no sentido de autorizar o emprego da força letal e do policial puxar o gatilho. Conforme a dicção de Bruno de Oliveira Moura, a iminência da agressão deve ser enxergada como o último momento lógico da preparação que, imediatamente, se transmudará para os atos práticos eficientes a pôr em prática a energia causal da ação:

Iminente é a agressão imediata, ainda não iniciada, mas prestes a começar. É a ameaça capaz de se transformar, ato contínuo (sem interrupção ou solução de continuidade), em atual ofensa ao bem jurídico. Como o critério estrito da tentativa (a iminência da agressão define-se de modo análogo ao início do delito tentado) não exclui o risco de tonar a defesa ineficaz (muito tardia) ou mais gravosa para o agressor e o critério da eficiência ou da fase preparatória (existe uma agressão iminente no momento em que a demora em reagir torna impossível ou muito mais difícil a defesa exitosa) resulta demasiado amplo (por ignorar a situação e urgência legitimante da autorização) e confunde o limiar temporal com a questão da necessidade da defesa, a iminência da agressão pode ser definida segundo o critério misto ou intermediário do último momento da preparação (solução ampliada da tentativa): será iminente a agressão que ameaça realizar-se através de atos imediatamente anteriores à fase da tentativa. Em todo caso, trata-se de um critério difuso, carente de densificação à luz das circunstâncias da concreta situação de luta.

8

Não se pode olvidar que o critério do último momento da preparação ou da solução ampliada da tentativa é impreciso, entretanto, a questão deve ser colmatada pelo caso concreto. Entretanto, existe uma zona de certeza: a iminência da agressão não pode ser confundida com uma ação antecipada a título de legítima defesa. Deste modo, o emprego do

---

<sup>8</sup>MOURA, Bruno de Oliveira. *A não punibilidade do excesso na legítima defesa*. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 69-70.



*sniper* no combate aos “soldados do tráfico”, em comunidades assoladas pelo confronto deflagrado, não pode se prestar a respaldar uma execução premeditada. Não é lícito ao atirador “tocaiar” o oponente, preventivamente, antes mesmo de ele esboçar reação ou pelo menos intenção séria e inequívoca de agressão.

O Direito Penal é infenso às presunções, sendo que não se pode presumir uma reação agressiva, pelo simples fato do autor “montar guarda” numa área de ação conflagrada. Por isto, os atos inequívocos de reação do oponente devem ser concretos e não presumidos como, por exemplo: realizar miras contra os policiais; municiar armas com os carregadores; alimentar as câmaras dos armamentos, após a ciclagem de ferrolhos; introduzir canos de fuzis através de seteiras de *bunkers* ou amuradas previamente preparadas; adotar medidas ostensivas e proativas de progressão no terreno, demonstrando inequivocamente a disposição ao embate, etc.

O mero desfile ostensivo de integrantes do tráfico, portando armas, não fornece elementos suficientes para definir a iminência da agressão, porque, muitas vezes, os criminosos podem optar por recuar e, até mesmo, se evadir por vielas, se esconder em casas e/ou migrar para outras comunidades. Sem dúvida, a fuga do indivíduo, mesmo armado, mas que não opõe resistência, não autoriza o uso da força letal, tendo em vista que a agressão iminente se encontra desnaturada.

## 2. EXCESSO E ERRO NA CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO

Na maioria dos casos, os disparos de precisão são letais, justamente, pela natural ação vulnerante da operação e pelo padrão do material bélico empregado. Entretanto, caso o atirador, apenas, consiga ferir o agressor, permitindo que o refém seja resgatado com segurança, o meio lesivo deve cessar a partir daí.

Objetivamente, conforme Rogério Greco<sup>9</sup>, o marco que fixa a fronteira da moderação é o momento temporal em que o agente consegue cessar a agressão. Justamente, para delimitar esta fronteira e debelar incidentes que possam desbordar em indevidos excessos, é recomendável que as forças de segurança sigam protocolos padronizados para emprego progressivo de força letal. Porém, se o chefe da operação ou o *sniper* desenvolverem maior energia causal, para uma finalidade desnecessária ou até inexistente, responderão pelos resultados advindos, porque já ingressam no terreno da ilicitude.

---

<sup>9</sup>GRECO, Rogério. *Curso de direito penal* – Parte geral 12. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 383.



O excesso do disparo inabilitante pode ter causa dolosa ou culposa. Conforme Francisco de Assis Toledo<sup>10</sup>, o excesso será doloso quando o agente, de forma consciente e deliberada, utiliza-se da situação vantajosa de defesa, para infligir ao agressor uma lesão mais vultuosa, intensa e grave além do que é necessário e possível, geralmente impellido por sentimentos alheios ao *animus defendendi*, como ódio, vingança, perversidade, etc. Por sua vez, o excesso culposo ocorre quando o agente de forma imprudente extravasa a devida contensão para evitar resultado mais grave do que o necessário, muitas vezes, por estado emotivo, como medo, susto, grande temor, açodamento ou má avaliação da agressão.

O excesso doloso realizado pelo *sniper*, na prática, é muito raro, pois suas ações são extremamente fiscalizadas e controladas no teatro de operações. Na maioria dos casos, existe um posto de controle de comando, com um gerente de crises, um especialista em negociações, psicólogos, grupos de invasão e assalto para tomada de reféns, afluxos de público e curiosos no ambiente urbano (o que torna necessário o isolamento do perímetro), presença de imprensa, etc.

O excesso culposo já figura com mais frequência no leque de reverses da atuação policial. Ele ocorre quando o comandante da operação (ao emitir a autorização de atirar) ou o *sniper* avaliam mal a situação que envolve a vítima e o seu algoz, acreditando que o refém está sendo ou já está na iminência concreta de ter sua vida retirada.

Não se pode olvidar que o atirador de elite pode obrar em excesso intensivo ou extensivo. O excesso extensivo tem como parâmetro o elemento temporal de quantificação da conduta defensiva equivocada perpetrada pelo *sniper*. Ele pode ocorrer, quando, uma vez neutralizado o agressor, o policial segue efetuando disparos sucessivos até a ocisão definitiva da vida do sequestrador.

O excesso intensivo se dá na seleção dos modos e meios empregados, quando o agente podendo escolher uma intensidade lesiva menor, pratica, entretanto, uma imoderação. Esta categoria é de pouca importância à realidade prática vivenciada pelo *sniper*, tendo em vista que o atirador já é o próprio instrumento de execução da operação, sendo que os recursos, os aparatos e sua alocação já foram previamente selecionados pelo respectivo comandante, conforme padrões da corporação.

No que tange à escolha dos meios, seleção de armamentos e forma de atuação, o *sniper* tem pouco ingerência no teatro de crises, tendo em vista que esta decisão pertence ao

---

<sup>10</sup>TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 208-209.





chefe da operação. O gerente da crise é o profissional atuante, mais capacitado e que possui as atribuições de escolher os meios empregados e extrair o grau de alocação otimizada dos recursos, sendo que nesta seara, o *sniper* tem pouca autonomia, limitando-se a seguir as instruções determinadas pelo seu comandante.

Quanto ao exame do erro de proibição, tal instituto pode ser concebido como uma equivocada percepção ou ignorância quanto à proibição jurídica da conduta. Este erro de proibição pode se apresentar pela modalidade direta ou indireta.

Segundo Rogério Greco<sup>11</sup>, no erro de proibição direto, o agente acredita que sua conduta não é proibida pela norma, sendo que a ação recai sobre a norma incriminadora em si. O agente desconhece a proibição da sua conduta. Por sua vez, no erro de proibição indireto, o agente possui convicção de que pode praticar o ato, sendo que o erro incide sobre o comando permissivo. Pensa-se que a conduta é lícita por estar amparada por alguma causa de justificação.

É mais trabalhoso para a defesa de um policial alegar erro de proibição, principalmente, sobre a sua existência, alcance ou limites, justamente, porque o agente público tem obrigação de conhecer e agir conforme a lei. A presunção de veracidade do ato administrativo, a formação e treinamento do policial e a expertise diária do profissional são fatores que sinalizam que o agente público deve possuir um grau de conhecimento mais elaborado, burilado e elevado do que a média comum da população, o que torna a tese de escusabilidade do erro mais frágil.

Existe maior possibilidade de o atirador incidir em erro sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação (modalidade de erro de proibição). Neste caso, o profissional de segurança pública pode acreditar que está em situação de agressão ou perigo iminente, pensando que o disparo letal estaria autorizado. Tanto o *sniper* como o comandante da operação (que autorizou o tiro) podem se encontrar em situação putativa, incidindo em erro inevitável ou evitável, de acordo com a situação fática.

De acordo com a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt<sup>12</sup>, segundo a Teoria Extremada da Culpabilidade, todo o erro sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação será tratado como erro de proibição, pouco importando se o agente errou sobre situação de fato, sobre a existência ou sobre os limites da justificadora.

Por sua vez, a Teoria Limitada da Culpabilidade, adotada pelo Código Penal Brasileiro, entende que, se o erro recair sobre situação estritamente fática, haverá incidência

---

<sup>11</sup>GRECO, op. cit., p. 455

<sup>12</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal* – Parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 380-381.



de erro de tipo (erro de tipo permissivo), sendo que o erro sobre os limites ou a própria existência da causa de justificação propiciará um puro erro de proibição<sup>13</sup>.

Esta diferenciação não é, apenas, acadêmica, podendo, na prática, sacramentar a vida profissional, a carreira e a situação aguda da responsabilização criminal do *sniper*.

Pelo exame do erro sobre a situação fática sobre a causa de justificação, os argumentos de falha podem ser mais críveis, tendo em vista que, apesar de ser muito bem formado, o profissional não está isento de laborar em equívocos. O erro de tipo tende a afastar o dolo da conduta do agente, seja ele escusável ou inescusável. Se escusável, eliminará dolo e culpa, mas, se inescusável, será imperiosa a responsabilização pela morte culposa. Como a solução se dá no âmbito do tipo penal, haverá maiores chances de produção e discussão de material probatório, atinente à defesa do atirador.

Importante esclarecer que a atividade policial envolve análise de muita matéria fática, sendo interessante ao profissional da segurança pública dirigir a discussão para o exame do elemento subjetivo do tipo.

Porém, em se tratando do conhecimento sobre os limites ou existência da causa de justificação, a métrica do exame deve ser mais rigorosa, tendo em vista que o profissional de segurança pública estará mais vinculado aos elementos jurídicos conceituais objetivos. No caso do erro de proibição, o panorama probatório é mais desfavorável ao profissional de segurança pública, tendo em vista que se resolve no terreno da culpabilidade. A prova da inevitabilidade do erro, para obter uma possível isenção de pena, será mais rigorosa, exigirá pesquisas maiores por parte do julgador e maior esforço da defesa do policial.

Esclareça-se que no erro de tipo evitável, o profissional de segurança pública será condenado por crime culposos, conforme art. 20 CP<sup>14</sup>, ficando liberado do estigma gerado pela condenação por um crime doloso. Ocorre que, no caso de erro de proibição evitável, o fato será típico, ilícito e culpável, redundando em condenação por crime doloso, porém, com redução de pena de um sexto a um terço, de acordo com o art. 21 CP<sup>15</sup>.

Ademais, o policial terá mais dificuldade em justificar erros, em relação aos limites ou a própria existência da causa de exclusão, tendo em vista que, por versarem sobre erro de proibição, apresentam uma valoração de escusabilidade mais rigorosa, justamente, por se tratar de profissional da segurança pública que tem obrigação de conhecer as repercussões legais de seu ato.

<sup>13</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 381.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>15</sup> Ibid.



Por isto, a conduta do *sniper*, especialmente, apresenta maior responsabilização jurídica do agente policial, pois a valoração do injusto depende da capacidade superior específica do autor, em evitar a ação. Há que ser lembrado que o *sniper* é oriundo de fileiras selecionadas, integrante de tropas especiais e submetido a excepcional, rigoroso e extenuante preparo profissional<sup>16</sup>.

Muitas vezes, quando não existem normas jurídicas ou técnicas que indiquem padrões previamente seguros, o aplicador do Direito deve tomar como modelo de conduta ideal, a ação de um homem prudente e diligente diante da situação em que se encontraria o autor. Porém em caso de habilidades especiais, o padrão de comportamento deve se basear na conduta esperada por modelo ou pessoa dotada de paradigmas tão eficientes, em cotejo com o mesmo nível de atuação profissional que se espera do *sniper* que atuou naquele caso concreto.

A ação do *sniper* passa a ser avaliada mais rigorosamente pelo Direito Penal, porque o profissional é dotado de propriedades e habilidades incomuns para um policial convencional ou um homem médio. Seria absolutamente injusto, do ponto de vista jurídico, se palmilhar a previsibilidade do resultado antevisto por um agente tão qualificado ou com conhecimentos especiais, segundo uma medida inferior à sua situação pessoal ou de acordo com os padrões normais de conduta comum.

### 3. NEUTRALIZAÇÃO DO RISCO NA PERSPECTIVA DO TIPO

O uso de atiradores de elite é um recurso excelente na preservação da vida de terceiros, entretanto, não pode ser empregado como panacéia para todos os males da segurança pública. Há que se ter em mente que o treinamento destes profissionais é exaustivo, estressante, complexo e muito técnico, sendo restrito às tropas especiais<sup>17</sup> aos policiais de elite vocacionados. A banalização deste emprego fragilizaria a qualidade do recurso e relativizaria o bem jurídico da vida, que nos padrões de proporcionalidade, deve ser o último bem a ser afetado.

Entretanto, não podemos olvidar que o emprego do *sniper* pode diminuir ou neutralizar o risco proibido relevante incrementado pelo agente opositor, sendo que sob determinado ângulo de vista, ou seja, quando há uma colocação de um terceiro (refém) em risco, o disparo inabilitante acarretará periclitacão menor, no quadro da crise, com consequente redução do desvalor do resultado.

<sup>16</sup> MARTIN, Chris. *Modern american snipers*. Estados Unidos da América: St. Martin's, 2014, p. 11-12.

<sup>17</sup> HANEY, Eric L. Haney. *Força delta*. São Paulo: Landscape, 2003, p. 92- 93.

Neste aspecto, a imputação objetiva surge como excelente critério de validação da atuação do atirador de elite, ao oferecer bases mais sólidas e objetivas ao tipo, domando a causalidade *ad infinitum* e propiciando maior segurança jurídica à atuação do profissional, que pode planejar melhor suas ações e prevenir responsabilizações indevidas.

De acordo com a hodierna tendência de valorização do tipo penal, pode-se defender que a imputação objetiva passou a tomar, como relevantes, os elementos normativos, ao contemplar o comportamento perigoso do autor, ao agredir outro bem jurídico.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt<sup>18</sup>, a teoria tradicional causalista entende que o tipo penal é plasmado, apenas, por elementos objetivos, sendo que os aspectos subjetivos são analisados na culpabilidade. Este tipo penal se realizaria com a mera constatação do nexo de causalidade físico que se depreende da Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais. Assim, o tipo é estruturado pela conduta, resultado e nexo causal naturalístico.

Com o Finalismo<sup>19</sup>, os aspectos subjetivos do crime devem estar presentes na análise do fato típico, ou seja, dolo e culpa, também fazem parte do tipo penal. O tipo subjetivo passaria a atuar como limite da causalidade cega. Porém a imputação objetiva infunde mais polimento ao tipo, pois visa a complementar o nexo de causalidade, com critérios normativos e não só de pura causalidade naturalística.

Deste modo, a razão para se aceitar a ação do *sniper* como justificada pelo Direito está ligada à decisão refletida e responsável do agressor em praticar a ação perigosa à comunidade ou ao refém. O próprio ofensor armado controla, totalmente, o desenrolar da ação criminosa, dentro de uma comunidade, tendo, inclusive, conhecimentos superiores aos da força pública, sobre local, rotas de fuga, momento do crime, condições de subjugação de uma eventual vítima, avaliação da sua real capacidade de barganha, etc. Estes “conhecimentos superiores” do agente hostil fazem dele mais responsável e, perfeitamente, autocolocado em risco.

O sequestrador ou traficante que rechaçam a força policial com violência ou põem em risco o refém, aumentam as possibilidades de sofrerem revides, contribuindo diretamente no resultado de sua própria neutralização pelo *sniper*. Pode-se dizer que o agressor, ao se lançar à própria sorte, com sua conduta ofensiva, poderia descortinar uma excludente do nexo causal ao se autocolocar em risco.

É inegável que esta visão pode esbarrar em um óbice teórico, ou seja, para que seja aceita a tese da imputação objetiva pela autocolocação do próprio agente criminoso em risco,

---

<sup>18</sup>BITENCOURT, op. cit., p. 217-218.

<sup>19</sup> Ibid., p. 219.



este deverá ser responsável, havendo controvérsia se este conceito é relativo à capacidade de consentir ou a respeito da culpabilidade. Neste caso, se o agente agressor é uma criança ou inimputável, a teoria teria certas dificuldades de delinear uma resposta que respaldasse a ação neutralizadora do *sniper*.

Entretanto, este óbice pode ser superado pela concepção de imputação objetiva nas ações perigosas de salvamento ou de perseguição<sup>20</sup>, que são vistas pelo prisma de proteção da norma. Neste último caso, a ação policial estaria imbuída do cumprimento de um dever jurídico, de modo que pode ser, até mesmo, dirigida contra a ação ofensiva de inimputáveis. Deste modo, a ótica da Teoria Funcionalista pode dar estatura teórica no respaldo à proteção da norma, que justificaria o fundo do cumprimento do dever do disparo letal justificado.

Roxin<sup>21</sup> contrapôs seu normativismo funcionalista ao ontologismo característico do finalismo Welzeliano. Basicamente, Roxin retirou as exigências ontológicas da dogmática do Direito Penal e passou a relê-lo diante de decisões político-criminais. Deste modo, quando o *sniper* puxa o gatilho, para o Direito Penal, ele adota uma decisão político-criminal dentro da realidade concreta necessária daquele caso específico, permitindo que o sistema se torne aberto, plástico e despojado de rigores da dogmática ontológica, permitindo maior liberdade de tomada de decisões frente aos casos extremos de agressão incontrolada.

Pode-se argumentar que o normativismo-funcionalista seria perigoso por: a) haver perigo indeterminado do conceito, b) possibilidade de permear arbítrio estatal, c) haver introdução de elemento (político) estranho ao direito positivo e à dogmática.

Respondendo a este temor, podemos afirmar que a formação do *sniper* transcende a linha de tiro, sendo necessário o desenvolvimento de condicionamento físico e psicológico acima da média de um policial comum, em razão da carga de estresse amealhada. Além da proficiência comprovada no tiro, o profissional tem que ser veterano na força policial, justamente, para conhecer as dificuldades e vicissitudes do seu trabalho e da sua instituição. A excelente base profissional e o emprego pontual do *sniper* como última *ratio* rechaçam as críticas à teoria.

Ademais, muitas doutrinas de formação de *sniper*<sup>22</sup> exigem que o profissional seja casado, com filhos, com família estruturada e sem vícios, justamente, porque um bom pai de família terá compromissos morais e humanísticos, sendo tais valores muito importantes no

<sup>20</sup>GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 75 e 79.

<sup>21</sup>ROXIN, Claus. *Politica criminal y sistema del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1972.

<sup>22</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *U.S. Navy Sniper Training Program*. Canada: Skyhorse Publishing, 2011.



momento da decisão de atirar, após receber o comando. Importante lembrar que um *sniper* não é uma máquina de matar, um franco atirador ou um assassino frio, mas, sim, um homem inteligente, com raciocínio crítico e dotado de consciência formada para contrastar valores com uma dada situação extrema. O atirador de elite deve ser submetido a treinamentos e reciclagens contínuas, diárias e constantes, além de cuidar de sua alimentação, passar por programas físicos e receber acompanhamento e monitoramento de equipe psicológica de sua corporação<sup>23</sup>.

Por fim, há que se deixar claro que o emprego do *sniper* policial não pode ser concebido nos moldes de uma doutrina militar reativa. O objetivo de um *sniper* militar é a eliminação de comandantes e oficiais no teatro de operações, localização e neutralização de outros atiradores furtivos inimigos e seleção de alvos de oportunidade, incluindo a eliminação de veículos militares. Neste sentido, os calibres usados apresentam maior energia cinética e capacidade vulnerante incomum (.50 BMG ou 12,7 x 99 mm e .338 Lapua Magnum), diferentemente, dos calibres usados no emprego policial (7.62 x 51 mm e 5.56 x 45 mm), que devem ser adequados ao panorama urbano<sup>24</sup>.

## CONCLUSÃO

Conforme o depreendido por esta linha de pesquisa, o uso do atirador de elite (*sniper*) possui condicionante rígida e vinculada à resposta agressiva de mais último grau. Depreende-se que o tiro inabilitante não é destinado ao ferimento do oponente, mas sim à ocisão de sua vida, em razão do alto grau de hostilidade do agressor e da grande vulnerabilidade da vítima ou grave periclitacão de sua vida.

O emprego deste recurso, que se faz em último caso, deve ser reservado às situaões subsidiárias e excepcionais, em que o criminoso apresenta nível de agressão incomum que o torne inimigo da sociedade, do direito e eivado de tenacidade incontrolável em sua ação destrutiva.

A matriz deste pensamento residiu no enfoque Funcionalista que, para determinados casos, reforça os fins e objetivos de uma ação social mais enérgica, frente a um autor violento e que necessite de força neutralizadora. Por isto, a ação do *sniper* é eletiva, ou seja, reservada ao combate de indivíduos mais perigosos que inequivocamente estão operando em ações agressivas significativas. Ficou comprovado que a atuação do policial deve ser delimitada,

<sup>23</sup> HASKEW, Michael E. *Snipers nas guerras*. São Paulo: M. Books, 2016, p. 196-197.

<sup>24</sup> ZANOTA, Creso. *Identificação de munições*. São Paulo: Magnum, 1992, p. 63 e 90.



objetivamente, no tempo, sendo que sua ação está norteada pelo agudo agravamento do perigo. A compressão do tempo deve eclodir numa situação crítica insuportável que demonstre a impossibilidade clara do emprego de outro meio interventivo mais suave.

A ação do *sniper* pode também ser examinada a partir da teoria do erro de tipo e de proibição, além do excesso de legítima defesa. A diretriz de verificação, nestes casos, não é feita através do parâmetro do homem médio, mas, sim, de acordo com graus de exigências mais elevados, pautados no rigor técnico da formação elevada do *sniper*.

Sob a perspectiva da imputação objetiva, o uso do atirador de elite se presta a rebaixar os níveis gerais do risco proibido desenvolvido pelo agente agressor, pois a ação cirúrgica de um profissional habilitado tem o condão de permitir a tomada rápida do controle de uma região conflagrada e otimizar tempo para uma rápida liberação do refém.

O entendimento desta pesquisa converge no sentido de que o comportamento pessoal do criminoso que infunde dano ou perigo generalizado, poderá ser obstado pelo emprego de força letal, tendo em vista que o agente se autocolocou em conflito com a lei e realizou a heterocolocação de terceiro em risco. O tiro inabilitante se descortinará como o meio mais eficiente para redução do desvalor do resultado e como diminuidor do risco.

O ponto nodal deste trabalho foi demonstrar que o tiro inabilitante é a excepcionalidade dentro da própria exceção e, por isto, deve ser empregado como última *ratio*, num momento de tensão inequívoca entre a vida e morte do refém. Pela proposta desta pesquisa, fica evidente que não é possível o emprego de uma doutrina militarista no serviço policial, tendo em vista que o escopo do órgão de segurança é preservar a vida de terceiros e zelar pelo patrimônio do cidadão. Uma polícia não pode agir como um Exército, realizando ações operacionais de “arrasa quarteirão”. O emprego policial e, conseqüentemente, do *sniper*, na segurança pública é, sempre, cirúrgico e obediente à concepção de disparo seletivo, direcionado, proporcional e moderado.

O escopo do profissional de segurança pública é prestar um serviço ativo de mitigação de riscos, atendendo ao bem-estar do cidadão, otimizando os níveis ideais de segurança coletiva, sempre respeitando as prescrições normativas, os protocolos de atuação de seu órgão, a legislação penal e processual penal, o ordenamento jurídico em geral e, sobretudo, os Direitos Fundamentais especificados na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal* - Parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 25 mai, 2020.

\_\_\_\_\_. *Portaria Comando do Exército n.º 1.222*, de 12 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-1.222-de-12-de-agosto-de-2019-210735786.htm>>.

\_\_\_\_\_. *Portaria Interministerial n.º 4.226*, de 31 de dezembro de 2010. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 03 jan. 2011, p. 27. Acesso em: 25 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n.º 13.060*, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13060.htm)>. Acesso em: 25 mai, 2020.

DANZMANN, Luiz Gustavo. *Legítima defesa do policial – Limites do recurso a armas de fogo na atividade policial*. Curitiba: Juruá, 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Navy sniper training program*. Canada: Skyhorse Publishing, 2011.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal – Parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral* 12. ed. Niterói: Impetus, 2010.

HANEY, Eric L. Haney. *Força delta*. São Paulo: Landscape, 2003.

HASKEW, Michael E. *Snipers nas guerras*. São Paulo: M. Books, 2016.

HOFFBAUER, Nelson Hungria. *A legítima defesa putativa*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1936.

MARTIN, Chris. *Modern american snipers*. Estados Unidos da América: St. Martin`s, 2014.

MOURA, Bruno de Oliveira. *A não punibilidade do excesso da legítima defesa*. Coimbra: Coimbra, 2013.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1972.

SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. *Teoria do crime*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

ZANOTA, Creso. *Identificação de munições*. São Paulo: Magnum, 1992.





## CLUBE-EMPRESA: O PROCESSO DE TRANSFORMAÇÃO DOS CLUBES DE FUTEBOL EM SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

Yago Henrique dos Santos Gonçalves

Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

**Resumo** – as relações mercantis que envolvem o futebol tornaram-se cada vez mais complexas com o passar dos anos. Esse processo de mercantilização - em que transforma torcedores em consumidores, jogadores em mercadorias e partidas em espetáculos – aproxima a gestão do futebol àquela empregada nas relações comerciais. Consequentemente, verifica-se que a forma associativa pela qual os clubes brasileiros se estruturam não mais se adequa ao modelo de negócio empregado no esporte. A essência desse trabalho, pois, consiste em abordar o processo de transformação dos clubes brasileiros em sociedades empresárias, bem como discutir as implicações trazidas pelos projetos apresentados pelos legisladores sobre o tema.

**Palavras-chave** – Direito empresarial. Futebol. Clube-empresa. Sociedade anônima.

**Sumário** – Introdução. 1. A superação do modelo associativo empregado nos clubes de futebol. 2. Os riscos do Projeto de Lei nº 5.082/2016. 3. O modelo da Sociedade Anônima de Futebol e as vantagens trazidas no Projeto de Lei nº 5.516/19. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como finalidade propor a discussão que envolve o processo de transformação dos clubes de futebol em sociedades empresárias. Procura-se demonstrar que, conquanto seja o caminho mais recomendável o futebol nacional mais atraente e os clubes financeiramente estáveis, é preciso debater as implicações trazidas pelas mudanças propostas pelo legislador.

Para tanto, traz à lume os projetos de leis que tramitam no Congresso Nacional acerca do tema e discute os principais aspectos trazidos por cada um deles.

Para uma melhor compreensão sobre a forma sob a qual as entidades desportivas estão atualmente estruturadas, o primeiro capítulo desta pesquisa apresenta uma contextualização histórica da prática do futebol no Brasil. Por se tratar, inicialmente, de uma atividade amadora,

voltada exclusivamente para a prática do desporto e sem qualquer finalidade lucrativa, o modelo adotado pelos clubes foi o associativo.

No entanto, em razão do processo de mercantilização ao qual o futebol foi submetendo ao longo das décadas, chega-se à conclusão de que esse modelo associativo não se coaduna com os padrões atuais. Isso porque à medida que as relações mercantis que passaram a envolver o futebol se tornaram mais complexas, os clubes continuam esbarrando em entraves jurídicos, administrativos e econômicos por conta da permanência no modelo associativo.

Há, pois, um descompasso entre a forma como se opera as relações comerciais em torno do futebol e o modo como os clubes continuaram estruturados juridicamente. Esse descompasso é motivado, fundamentalmente, pela maneira limitada que o Poder Legislativo, até o presente momento, regulou as entidades desportivas. Não houve até então, mesmo com a edição de diplomas legais como a Lei Zico e a Lei Pelé, uma reformulação legislativa que viesse a propor de forma meticulosa a reestruturação dos clubes nacionais.

A tendência, porém, é que esse cenário se modifique. Isso porque o legislador começa a enxergar o modelo empresarial como o mais adequado para o desenvolvimento do futebol nacional, tendo em vista que confere uma maior capacidade de atração de investimentos, bem como estimula a adoção de uma gestão mais profissional. Nesse sentido, para superar essa lacuna legislativa, surgem, concomitantemente, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal dois projetos de lei com a mesma finalidade, qual seja, a transformação dos clubes em sociedades empresárias.

Logo, o segundo capítulo do presente trabalho volta-se exclusivamente a debater sobre o Projeto de Lei nº 5.082/16, iniciado na Câmara dos Deputados. Procura-se apresentar os principais aspectos do aludido projeto, tendo como ênfase a insegurança jurídica advinda da possibilidade de imediata concessão de recuperação judicial aos clubes.

No último capítulo, depois de acentuadas as inconsistências do PL nº 5.082, passa-se a analisar as disposições contidas no PL nº 5.516/19. Por propor a criação de um ordenamento jurídico específico para a criação de uma sociedade específica voltada para o futebol, chega-se à conclusão de que se trata de um projeto mais robusto e consistente, capaz de trazer a previsibilidade necessária para todos os agentes envolvidos: clubes, investidores e torcedores.

Importante destacar que a relevância do tema se fundamenta nos impactos sociais e econômicos causados pelo futebol. Não obstante a isso, verifica-se um escasso tratamento legislativo e uma parca discussão doutrinária sobre o tema.



A proposta é encaminhar a pesquisa pelo método hipotético-dedutivo, já que o pesquisador identificou um conjunto de proposições hipotéticas que funcionam como premissas para analisar o problema aqui apresentado.

A abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, já que o pesquisador pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação e doutrina– para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a sua tese.

## 1. A SUPERAÇÃO DO MODELO ASSOCIATIVO EMPREGADO NOS CLUBES DE FUTEBOL

A complexidade da vida civil, bem como a necessidade de união de esforços para a consecução de um objetivo em comum, são os fundamentos para o surgimento das pessoas jurídicas. A sua razão de ser, pois, decorre de uma maior facilidade para a realização de determinados objetivos em razão da soma de vontades destinada ao mesmo ideal. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo<sup>1</sup> a pessoa jurídica é:

o ente personalizado composto de duas ou mais pessoas físicas, unidas por um nexos visando a uma finalidade específica, e com a capacidade para realizar vários atos da vida civil; ou ente público instituído por lei, mas que pressupõe normalmente a presença de vários indivíduos; ou acervo de bens com destinação especial, no qual também se congregam indivíduos.

As pessoas jurídicas, diante de um critério baseado na origem, podem ser divididas em pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado. Estas são criadas pela vontade de particulares que buscam alcançar interesses privados, ao passo que aquelas se relacionam com o próprio Estado e, por tal razão, exercem atividades ligadas à consecução do interesse público.

Quanto aos clubes de futebol, denota-se que, a partir da classificação anteriormente mencionada, são pessoas jurídicas de direito privado pois se prestam a realizar objetivos eminentemente de natureza particular. O artigo 44 do Código Civil<sup>2</sup> traz o rol das pessoas jurídicas de direito privado existente no ordenamento jurídico pátrio. Dentre as ali previstas, as entidades desportivas historicamente estruturaram-se sob o modelo de associação.

Impende destacar que o futebol começou a ser praticado no Brasil a partir do ano de 1894 quando, após anos de estudos na Inglaterra, Charles Miller voltou ao Brasil com a primeira

<sup>1</sup> RIZZARDO apud MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito Civil*: parte geral. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017, p. 333.

<sup>2</sup> BRASIL. *Código Civil, Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 03 out. 2019.

bola de futebol. A primeira partida disputada, por sua vez, aconteceu em 15 de abril de 1895<sup>3</sup>. A partir desse momento, embora ainda considerado um esporte de elite, o futebol eclodiu por todo país com a fundação de diversos clubes.

A adoção, à época, do modelo associativo pelos principais times brasileiros decorre do fato de permitir uma maior liberdade de organização, bem como ser uma estrutura voltada para a realização da prática desportiva amadora. Nesse contexto, os clubes de futebol foram constituídos com o mero intuito de reunir pessoas para a realização de um mesmo ideal, que não comporte qualquer interesse econômico.

A associação, nos termos do art. 53 do Código Civil<sup>4</sup>, é aquela em que a união das pessoas gira em torno de perseguir fins não econômicos, tais como morais, artísticos, desportivos etc. A constituição de uma associação, portanto, não leva em consideração qualquer vantagem econômica para os associados, mas sim a promoção de uma atividade de interesse comum expressamente delimitada no estatuto social.

Nessa seara, por não haver persecução de fins lucrativos, a contribuição dos associados representava a principal fonte de financiamento dos clubes brasileiros. Isso porque, quando de sua criação, não havia por parte dos clubes uma exploração econômica de seus bens tal como acontece atualmente. Ou seja, as entidades desportivas desempenhavam uma atividade amadora; logo, a adoção do modelo associativo se justificava.

Todavia, se no início o futebol era uma simples atividade amadora cuja prática girava em torno do lazer no desporto, atualmente o futebol se transformou em um grande negócio cujas transações envolvem cifras vultosas ao redor do mundo. Com o processo de profissionalização e popularização do futebol, tornou-se evidente que a contribuição dos associados não era mais suficiente para a manutenção da prática das atividades. Isso quer dizer que o futebol foi inserido cada vez mais na dinâmica mercadológica, sendo necessária, por corolário, a ampliação das formas de captação de receitas.

Vale dizer, porém, que a mera busca pela captação de mais receitas não desnatura o instituto da associação. Com efeitos, leciona Caio Mário da Silva Pereira<sup>5</sup>:

Caracteriza-se a associação sem fim econômico como a que não se decida a operações industriais ou comerciais, nem proporciona aos membros uma vantagem pecuniária, tendo o cuidado de assinar que a procura de vantagens materiais, indispensáveis a que

<sup>3</sup> RAMOS, Jefferson Evandro Machado. *História do Futebol*. Disponível em: <<https://www.sua pesquisa.com/futebol/>>. Acesso em: 03 out. 2019.

<sup>4</sup> BRASIL. *Código Civil, Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 03 out. 2019.

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012, p. 293.



a associação viva e atinja suas finalidades de ordem moral, não retira o caráter não lucrativo do fim social: a contribuição dos associados, a remuneração de certos serviços, a cobrança de ingresso a conferências ou concertos não são características do fim lucrativo, como não o é igualmente a verificação de superávit na apuração de balanços.

Em consonância com esse entendimento, tem-se o enunciado nº 534 da VI Jornada de Direito Civil ao prescrever que as associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa. Dessa forma, toda e qualquer receita obtida deve ser revertida no benefício da própria entidade, em razão da própria essência do instituto, uma vez que “o interesse da associação transcende o interesse dos associados.”<sup>6</sup>

Daí que, a despeito da transformação do futebol em um negócio mundial e multimilionário, os clubes de futebol brasileiros mantiveram-se organizados sob a estrutura de associação, uma vez que o fato de assim se estruturarem não os impedia de desenvolver atividade econômica. A manutenção desse sistema, caracterizado essencialmente pela gestão amadora dos associados, implica entraves na obtenção de novas receitas uma vez que, não obstante as mudanças estruturais pelas quais passou o futebol, no Brasil continua a ser tratado da mesma forma há mais de um século.

É amplamente debatido que o modelo associativo já não mais se coaduna com a lógica do mercado do futebol na medida em que as associações constituem entes jurídicos limitados tanto econômica quanto administrativamente. Isso porque, nesse formato, a administração de um clube de futebol, via de regra, é realizada, de forma incompatível com os atuais ditames econômicos, pelos próprios associados.

Dessa forma, tendo em vista a necessidade de obtenção de aporte financeiro e de gestão profissional, os clubes encontram no modelo associativo, obstáculos ao pleno desenvolvimento de suas atividades. A nova realidade econômica em conjunto com a potencialização do capital que circula no mundo em razão do futebol é uma justificativa mais do que suficiente para a mudança do modelo adotado no território brasileiro.

Em função do exposto, pretende-se discutir a possibilidade de adoção de novos modelos de administração dos clubes de futebol. O futebol brasileiro está completamente endividado e ficou inviável para muitos clubes. Uma reforma estrutural, afastando-se do modelo associativo e migrando para o formato empresarial, parece a forma mais adequada para a captação de mais receitas.

---

<sup>6</sup> MELLO, op. cit., p. 346.

## 2. OS RISCOS DO PROJETO DE LEI Nº 5.082/2016

Diante da impreterível necessidade de uma legislação específica, e que regule pormenorizadamente a forma sob a qual os clubes de futebol devem organizar-se, foi aprovado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.082/167. Trata-se de projeto de lei que incentiva a alteração dos clubes de associação para sociedade empresária. Entre as medidas previstas no aludido Projeto, destacam-se a facilitação para a recuperação judicial, novo refinanciamento de dívidas com o governo, maior transparência de gestão e a criação de um imposto simplificado para clubes-empresas.

Convém esclarecer que o objeto de análise do presente capítulo diz respeito tão somente à facilitação no requerimento de Recuperação Judicial para os clubes-empresa, não obstante as demais regras que tragam dúvidas quanto a sua aplicabilidade. No entanto, é a recuperação judicial dos clubes, pela forma como foi disciplinada no referido PL, que pode trazer as mais sérias implicações, o que justifica um estudo mais cuidadoso.

Nesta senda, é possível afirmar que a possibilidade de requerimento de recuperação judicial está sendo considerada um dos maiores estímulos previstos no PL nº 5.082/2016 para a transformação dos clubes em sociedades empresárias. Quanto ao tema, oportuno dizer que a recuperação judicial é regulada no art. 48, caput, da Lei de Falência<sup>8</sup> ao preconizar que “poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:”.

Observa-se, portanto, que o requisito indispensável para o requerimento da Recuperação Judicial é o exercício da atividade empresarial por dois anos. É dizer, exige-se que a sociedade empresária esteja submetida às disposições empresariais para que o instituto lhe seja aplicável. Acerca desse dispositivo, imperioso torna-se mencionar os ensinamentos de Marlon Tomazette<sup>9</sup>:

Além do exercício efetivo da atividade, exige-se que tal exercício seja regular, isto é, exige-se que o empresário não seja impedido e cumpra as obrigações legais impostas a ele, no que tange a sua constituição e funcionamento. Não se pode premiar ou proteger empresários irregulares, isto é, que não cumpram suas obrigações. Assim, é

---

<sup>7</sup> O texto aprovado na Câmara dos Deputados, cuja relatoria pertence ao Deputado Federal Pedro Paulo (DEM-RJ), é um substitutivo do Projeto de Lei 5082/16, do ex-deputado Otávio Leito e do Deputado Domingos Sávio. Com a aprovação na Câmara, o projeto foi encaminhado para o Senado a fim de debatê-lo.

<sup>8</sup> BRASIL, *Lei nº 11.101* de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2020.

<sup>9</sup> TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 108.



essencial para o pedido de recuperação judicial que o empresário esteja regularmente registrado, que mantenha sua escrituração contábil regular e que elabore as demonstrações contábeis exigidas pela legislação. Em outras palavras, o empresário deve atender as obrigações decorrentes do regime jurídico empresarial, que lhe é imposto para gozar de certos benefícios, como o acesso à recuperação judicial.

Não obstante, o art. 27, §1º do PL nº 5.082/16<sup>10</sup> estabeleceu que não há necessidade de a entidade desportiva observar esse requisito temporal previsto na Lei de Falência para se submeter à Recuperação Judicial. Isto é, a partir do momento em que o clube se constitui como sociedade, já é possível o requerimento da Recuperação Judicial. Veja-se:

Art. 27. O clube-empresa poderá requerer recuperação judicial, extrajudicial ou falência, na forma da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

§ 1º Não se aplica ao clube-empresa a obrigação de comprovar o exercício regular de suas atividades há mais de 2 (dois) anos prevista no caput do art. 48 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

Conforme dito alhures, trata-se de disposição deveras atraente para os clubes na medida em que possibilita o requerimento da Recuperação Judicial, ainda que não haja um efetivo exercício da atividade de empresa dentro do novo modelo organizacional. Todavia, é essencial lembrar que os clubes de futebol já se encontram assoberbados de dívidas. Logo, a possibilidade de uma imediata Recuperação Judicial pode implicar prejuízos para os credores mais antigos, insegurança de investimento para o mercado, bem como consequências negativas para as próprias instituições desportivas.

Neste diapasão, não se pode olvidar da suspensão pelo prazo de 180 dias, prevista no art. 6º, §4º da Lei nº 11.101/05, de todas as ações e execuções em face do devedor se deferida a recuperação judicial. Esse contexto, por si só, já é suficiente para aumentar o risco de investir no futebol. Isso porque retira dos credores antigos a legítima expectativa de reaver o investimento por meio de uma execução em razão do não cumprimento da obrigação pelos clubes. A possibilidade de uma imediata recuperação judicial, pois, traz um estado de insegurança para os credores e premiaria as condutas irresponsáveis dos gestores pois desde logo seriam beneficiados com a recuperação judicial.

Outro fator de desconfiança à medida do aludido Projeto de Lei diz respeito à não tão remota possibilidade de interferência do Poder Judiciário nas competições desportivas em razão processamento da recuperação judicial. Deferida a medida pelo juiz, cabe ao devedor elaborar

---

<sup>10</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº 5.082* de 2016. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1838813&filename=SSP+1+PL508216+%3D%3E+PL+5082/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1838813&filename=SSP+1+PL508216+%3D%3E+PL+5082/2016)>. Acesso em 14 abr. 2020.



um plano de recuperação judicial para superar a crise, tal qual previsto no art. 53 da Lei nº 11.101/05. Para que produza efeitos, essa proposta apresentada pelo devedor precisa ser ratificada pelos credores.

Impende destacar que a decisão dos credores é soberana, não podendo o Poder Judiciário imiscuir-se nessa decisão. Caberia, portanto, ao magistrado o dever de velar pela validade das manifestações das partes envolvidas. Subsequentemente à aprovação do plano surge para o Judiciário a incumbência de zelar e fiscalizar, em conjunto com o administrador judicial, o cumprimento do plano de recuperação.

Dito isso, urge destacar que o cumprimento do plano de recuperação judicial já é naturalmente complexo. Essa complexidade é ainda mais delicada para os clubes razão pela qual uma instituição desportiva não pode ser comparada com uma sociedade empresária regular nesse contexto. Isso porque atualmente a principal fonte de receita de um clube de futebol decorre dos valores pagos pela televisão para transmissão dos jogos. Essa cota da TV está diretamente relacionada com o desempenho desportivo da equipe.

E é justamente nesse ponto que reside a dificuldade de elaboração do plano de recuperação judicial às entidades desportivas. A título de exemplo, se um clube for rebaixado da Primeira Divisão para a Segunda Divisão do Campeonato Brasileiro, haverá uma drástica redução das cotas televisivas. Essa situação inevitavelmente impacta o plano de recuperação judicial motivo pelo qual se passa a questionar a postura a ser adotada pelo magistrado.

De um lado, em razão do seu dever de fiscalizar o cumprimento do plano, o magistrado poderia intervir na competição desportiva impedindo que o clube-empresa seja rebaixado para não afetar o plano de recuperação. Por outro lado, tem-se que a intervenção do Poder Judiciário em competições desportivas deve ser mínima e exercida em último caso, de modo que prepondera o resultado desportivo. Todavia, diante do cenário apresentado, é possível imaginar uma interferência cada vez maior do Judiciário nos campeonatos, o que acabaria por desprestigiá-lo.

Outrossim, a possibilidade de requerimento imediato de recuperação judicial traz um risco demasiadamente alto para os clubes qual seja, a sua imediata falência. Ora, a Lei nº 11.101/05 é expressa ao prever que a falência pode ser decretada tão logo o plano de recuperação for rejeitado ou pelo descumprimento de suas obrigações. Verifica-se, pois, que ao condicionar a recuperação judicial dos clubes àquela prevista para as sociedades empresárias regulares, o legislador negligencia a concreta possibilidade de falência de entidades desportivas centenárias em um curto intervalo de tempo.





Ante o exposto, é preciso destacar que a iniciativa de um projeto de lei conferindo aos clubes de futebol a oportunidade de se organizarem e passarem a ter uma gestão profissional é louvável, justificável e necessária. Todavia, a forma pela qual o legislador propõe essa mudança pode trazer riscos para diversos setores da sociedade. Faz-se necessária uma análise detalhada, levando em consideração que clubes de futebol possuem características peculiares que, em tese, impedem a equiparação com as demais sociedades empresárias. Logo, uma legislação ainda mais específica com institutos próprios a tais entidades seria mais propícia do que o projeto em questão.

### 3. O MODELO DA SOCIEDADE ANÔNIMA DE FUTEBOL E AS VANTAGENS TRAZIDAS NO PROJETO DE LEI Nº 5.516/19

O trabalho em comento tem demonstrado a imperiosa necessidade de atualização legislativa que rege o futebol, sobretudo pela sua importância econômica e social. Conforme analisado no capítulo anterior, o futebol atualmente consiste em uma atividade pujante do ponto de vista econômico. No entanto, até o presente momento, todas as reformas legislativas o trataram como uma mera atividade amadora.

Ciente disso, o legislador, visando a sanar a defasagem legislativa, tem buscado criar um diploma jurídico que possibilite tornar o futebol nacional cada vez mais profissional e apto a receber investimentos. Com efeito, o PL nº 5.082/16, tratado no capítulo anterior, é o instrumento normativo que no momento mais ganha força para representar a mudança de olhares sobre a gestão do futebol brasileiro, visto que seu processo legislativo é o mais adiantado, com aprovação do seu texto pela Câmara dos Deputados e encaminhamento ao Senado Federal.

Dentro desse contexto, importante reproduzir as palavras do advogado Pedro Tengrouse<sup>11</sup> pois são claras em demonstrar que o modelo de futebol adotado aqui está superado e, que, portanto, faz-se necessária uma atualização legislativa:

[...] O Brasil precisa decidir: continuar na vanguarda do atraso ou criar ambiente favorável ao desenvolvimento empresarial do futebol profissional. Um estudo feito pela FGV para o Governo Federal aponta que a cadeia produtiva do futebol poderia gerar nove vezes mais empregos do que gera hoje, saindo dos atuais 300 mil para mais de 2 milhões. Basta pensar no que o futebol pode fazer pelo país ao invés de continuar

<sup>11</sup> Declaração realizada por Pedro Tengrouse – Professor de Direito Desportivo da FGV - em entrevista concedida ao Jornal Lance, em outubro de 2019. Disponível em: <<http://blogs.lance.com.br/deprima/2019/10/07/entrevista-pedro-tengrouse-advogado-e-especialista-sobre-o-tema-clube-empresa/>>. Acesso em: 06 mai. 2020.



na lógica do Brasil inteiro ajudando a manter a ineficiência sistêmica do futebol brasileiro. A questão é estrutural, não é conjuntural.

Apesar do rito avançado, o aludido projeto de lei não é o único a tramitar no Congresso Nacional cuja pauta seja a transformação dos clubes em sociedades empresárias. Em que pese seja patente superar o modelo adotado no Brasil, o que pressupõe que o PL nº 5.082/16, por si só, represente um avanço na legislação, tem-se que o padrão por ele adotado é inconsistente e com alguns pontos falhos. Portanto, é de fundamental importância um debate profundo para que o afã em legislar sobre o tema não culmine em mais uma lei que não opere a mudança esperada.

Diante desse cenário, oportuno frisar que a profissionalização da gestão do futebol não pode ser sedimentada em uma proposta açodada que estabeleça, de maneira abrupta e trivial, a passagem do clube à condição de empresa. Não basta, pois, uma legislação que apenas adeque a gestão do futebol ao modelo empresarial tradicional.

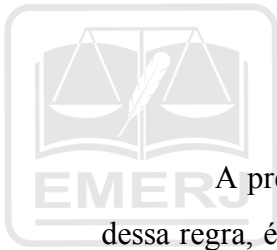
Dito isso, é preciso pensar em um modelo que atenda, de forma minuciosa, as peculiaridades que envolvem as práticas comerciais futebolística. Conforme já trazido à baila, o PL 5.082/16 simplesmente estimula a migração da estrutura do futebol para o modelo empresarial, de modo a ser regulado por um dos tipos societários previstos nos arts. 1.039 a 1.092 do Código Civil.

Por tal razão, em vez de simplesmente passar a regular o futebol com os tipos empresariais já existentes, tramita, em paralelo, no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 5.516/19<sup>12</sup>, que versa sobre a possibilidade da criação da SAF – Sociedade Anônima de Futebol. O aludido projeto gira em torno de estabelecer o Sistema de Futebol Brasileiro, que consiste em um ordenamento jurídico próprio com vistas a possibilitar a criação de uma sociedade específica voltada exclusivamente para esse objeto.

Logo, diferentemente do projeto de Clube-Empresa, a Sociedade Anônima de Futebol tem como premissa básica a criação de um regime jurídico capaz de trazer segurança jurídica não apenas aos clubes que buscam mudar a forma sob a qual estão estruturados, como também aos interessados em investir no futebol nacional. Isso porque, na visão do citado projeto, para que o sistema seja sustentável é preciso criar instrumentos específicos com os olhos voltados para a atração de investimentos.

---

<sup>12</sup> O PL 5.516, de relatoria do Senador Rodrigo Pacheco (DEM), encontra-se em debate nas Comissões internas do Senado. Conforme se verifica no próprio site do Senado Federal em relação a tramitação do projeto, a última movimentação aconteceu no dia 10/12/19 dentro na Comissão de Assuntos Econômicos.



A premissa básica para fomentar qualquer atividade econômica, e o futebol não foge dessa regra, é capacidade de atrair investimentos. E é por isso que a criação de um novo tipo societário, inserido num regime jurídico específico fundado na gestão empresarial e profissional do futebol, representa uma solução mais derradeira do que aquela prevista pela mera migração para o modelo empresarial. Isso porque esse regime jurídico específico confere uma maior segurança jurídica e previsibilidade para os investidores.

O empresário, de forma geral, para desenvolver a atividade tem que encontrar meios para se financiar. Esse financiamento exige o aporte de capital, que pode ser próprio – o que a maioria dos clubes brasileiros não possui<sup>13</sup> – ou proveniente de terceiros. Por sua vez, para que esses terceiros invistam cada vez mais dinheiro no negócio, eles precisam entender e confiar no ambiente mercantil.

No entanto, no atual modelo – em que os clubes, na grande maioria, estruturam-se na forma associativa - há uma natural dificuldade em obtenção de investimento tendo em vista que a captação de recurso é extremamente limitada. Por outro lado, quando se trata de um modelo empresarial, sobretudo na espécie sociedade anônima, a obtenção de novos recursos pode ser feita de forma mais diversificada.

Nessa linha, importante colacionar as palavras de Marlon Tomazette<sup>14</sup> sobre essa maior facilidade na busca de investimento:

Quando a sociedade anônima necessita de recursos, ela pode lançar mão de duas fontes: o mercado financeiro e o mercado de capitais. Na primeira fonte, a sociedade obtém empréstimos junto a instituições financeiras, como os particulares em geral. Na segunda fonte, típica das sociedades anônimas, a sociedade pode emitir valores mobiliários, para obter os recursos junto ao público. Nesta hipótese ela pode emitir ações, ou outros valores mobiliários que não asseguram aos seus titulares os direitos inerentes à condição de acionista.

Outrossim, o projeto de clube-empresa, do PL nº 5.082/16, não garante a confiabilidade necessária para que terceiros invistam dinheiro em razão do forte cenário de insegurança jurídica. Como não há uma legislação específica sobre o tema, o investidor terá dificuldade, por exemplo, em saber quem são os administradores dos clubes ou qual a higidez da eleição desses administradores. Consequentemente, a mera inserção do futebol na estrutura

---

<sup>13</sup> Segundo os estudos sobre as finanças do clubes brasileiros realizados pela Sports Value, que leva em consideração o balanço divulgado pelos próprios clubes, as dívidas do futebol brasileiro no ano de 2019 alcançaram o patamar de 8 bilhões de reais. Disponível em: <<https://www.sportsvalue.com.br/wp-content/uploads/2020/05/SportsValue-Finan%c3%a7as-clubes-2019-maio-2020.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2020.

<sup>14</sup> TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. V. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 469.

mais geral das sociedades anônimas não trará certezas necessárias para realização de eventuais investimentos.

Destarte, um dos pontos marcantes da SAF consiste na obrigatoriedade de um sistema de governança e administração muito mais sofisticado do que aquele exigido para uma sociedade anônima convencional.

Com efeito, o art. 5º do aludido projeto<sup>15</sup> preconiza ser imprescindível ao clube que se constituir como uma SAF a existência de um conselho de administração. O §2º desse mesmo dispositivo expressamente dispõe que esse conselho deve ser composto, no mínimo, por metade de conselheiros independentes. O conselheiro independente é aquela pessoa que não tem nenhuma vinculação com os administradores dos clubes, o que, por conseguinte, confere maior credibilidade.

É dizer, trata-se de pessoas que acompanham a administração do clube e, se por ventura, identificarem ilegalidades ou irregularidades, têm independência para denunciar e, sobretudo, renunciar.

Ademais, o sistema proposto pela SAF garante uma maior proteção aos clubes, permitindo-lhes o poder de decisão sobre questões essenciais. Nesse sentido, os clubes saberão de antemão quais são seus poderes e direitos. Isso porque o art. 2º, §2º, VIII do PL determina a obrigatoriedade de emissão de ação ordinária de classe “A” exclusivamente ao clube que se constituiu como SAF.

Sobre as ações ordinárias, convém mencionar o ensinamento de Marlon Tomazette<sup>16</sup>:

As ações ordinárias são aquelas que conferem apenas os direitos comuns de acionistas sem privilégios ou vantagens, assegurando inclusive o direito de voto. São ações de emissão obrigatória, destinando-se normalmente para os acionistas que tem interesse na gestão da sociedade. [...] Assim, poderemos ter várias classes de ações ordinárias, de acordo com a conversibilidade em ações preferenciais, exigência de nacionalidade brasileira, ou direito de voto separado para eleição de determinados cargos da administração da sociedade.

Essa possibilidade outorga aos clubes o poder de veto sobre matérias fundamentais como, por exemplo, mudança das cores, do hino, do escudo, do local da sede etc. Respeita-se, assim, a história da entidade desportiva, bem como a paixão dos torcedores pelo clube.

O modelo da SAF, em última análise, constitui um sistema de freios e contrapesos que aproximam os interesses dos clubes ao do potencial investidor. Trata-se, portanto, de uma via

<sup>15</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº 5.516* de 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8025061&ts=1576002861448&disposition=inline>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

<sup>16</sup> TOMAZETTE, op. cit., 2018. p. 488-489.



de mão dupla, na medida em que resguarda as instituições desportivas de ações temerárias por parte dos investidores contra a própria entidade e, ao mesmo tempo, assegura uma maior credibilidade para os investidores pela exigência de um sistema rígido de governança.

Ressalta-se, ainda, que, com o escopo de garantir a autonomia, o clube poderá escolher qual modelo pretende seguir: associativo, empresarial ou SAF. Não se pode olvidar que a autonomia das entidades desportivas consiste em norma constitucional consubstanciada no art. 217, I do Carta Magna ao prever que cabe a tais entidades estabelecer a sua organização e seu funcionamento. Em razão disso, o PL nº 5.516/19, observando a norma constitucional, aduz não ter obrigatoriedade de passagem de modelo, privilegiando, assim, a autonomia do clube.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa buscou trazer os aspectos mais relevantes acerca do processo de transformação dos clubes de futebol em sociedades empresárias. O ponto central de toda a discussão gira em torno de que as normas que regulam o futebol atualmente revelam-se como entraves para a administração das entidades desportivas e para a captação de recursos financeiros.

Inicialmente, o presente trabalho analisou como as entidades desportivas organizaram-se para estimular a prática do futebol no país no início do século XX. Nesse período, como consistia em uma atividade eminentemente amadora cuja finalidade limitava-se à reunião de pessoas para a prática desportiva, os clubes operavam sem qualquer intuito lucrativo. Logo, o modelo associativo estava em total consonância com o contexto da época.

Entretanto, é notório que com o passar dos anos o futebol passou por um intenso processo de mercantilização. Esse processo de mercantilização acarretou uma situação contraditória: de um lado, o esporte viu-se inserido na lógica capitalista em que tudo que lhe envolve tem conteúdo econômico; por outro lado os clubes permaneceram submetidos àquela estrutura jurídica do início do século passado.

Há, pois, uma clara dicotomia entre o modelo de futebol como mercadoria e o modelo sob o qual os clubes estão estruturados. Essa dicotomia é uma grande barreira para o desenvolvimento econômico do futebol no Brasil. Até a presente data, não foi criado um sistema específico para regular o ambiente desse esporte e torná-lo cada vez mais atraente do ponto de vista econômico.



Em razão disso, a fim de combater essa mora legislativa, surgem no Congresso Nacional projetos de leis que preveem a possibilidade de transformação do modelo estrutural dos clubes, passando do associativo para o societário.

O entendimento deste pesquisador consubstancia-se na ideia de que a adoção de um modelo societário vai ao encontro do processo de mercantilização que já é natural do atual futebol. Não obstante, há uma grande preocupação com o modelo proposto pelo legislador no PL 5082/16 em razão das implicações causadas pela possibilidade de deferimento imediato de recuperação judicial dos clubes que se tornarem sociedades empresárias.

Essa possibilidade traz um cenário de insegurança aos credores pois teriam que renegociar a dívida, além de premiar gestões irresponsáveis de dirigentes e, ainda, representa a chance de uma maior interferência do Poder Judiciário nas competições desportivas.

O principal argumento usado por esta pesquisa consiste no fato de que se faz necessária uma regulação específica que reconheça as peculiaridades dos clubes e busque estabelecer um ordenamento jurídico próprio para o futebol brasileiro.

E é por isso que o PL nº 5.516/19 se revela um projeto mais conveniente na medida em que propõe um modelo de futebol mais sustentável. Isso porque o referido projeto visa a criar a Sociedade Anônima de Futebol que se sedimenta na criação de um regime jurídico próprio que traz segurança jurídica tanto para os clubes quanto para os investidores.

O aludido projeto garante uma maior segurança para os clubes pois lhes assegura o controle sobre questões fundamentais como local da sede, cores, hino, uniforme etc.; ao mesmo tempo fomenta um cenário de segurança jurídica e previsibilidade para os interessados em investir, sobretudo, pela exigência de instituição de um conselho de administração.

Portanto, deve ser preocupação do legislador a criação de um sistema hígido capaz de trazer segurança para os agentes envolvidos no futebol. Experiências passadas mostram que a mera obrigatoriedade do modelo associativo para o empresarial, sem uma regulação pormenorizada, não é suficiente para atrair capital e transformar o futebol em um ambiente mais profissional.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 03 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.101*, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2020.



\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 5.082 de 2016*. Disponível em: <[https://www.camaraleg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1838813&filename=SSP+1+PL508216+%3D%3E+PL+5082/2016](https://www.camaraleg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1838813&filename=SSP+1+PL508216+%3D%3E+PL+5082/2016)>. Acesso em: 14 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 5.516 de 2019*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8025061&ts=1576002861448&disposition=inline>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito Civil: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RAMOS, Jefferson Evandro Machado. *História do futebol*. Disponível em: <<https://www.sua pesquisa.com/futebol/>>. Acesso em: 03 out. 2019.

SPORTS VALUE. *Finanças dos clubes brasileiros em 2019*. Disponível em: <<https://www.sportsvalue.com.br/wp-content/uploads/2020/05/SportsValue-Finan%c3%a7as-clubes-2019-maio-2020.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2020.

TENGROUSE, Pedro. *Entrevista concedida ao Jornal “O Lance”*, em outubro do 2019. Disponível em: <<http://blogs.lance.com.br/deprima/2019/10/07/entrevista-pedro-trengrouse-advogado-e-especialista-sobre-o-tema-clubes-empresa/>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

## A TRAMITAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL SOB A ÓTICA DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Yasmin Gonçalves Proença de Mattos

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo** – segundo o Código de Processo Penal, a tramitação do inquérito policial no Brasil se dá por um sistema triangular, visto que os autos são encaminhados para o magistrado. Ocorre que o Brasil adota o sistema acusatório, modelo em que o Ministério Público é o principal destinatário do inquérito policial. Nesse sentido, coerente seria a remessa dos autos ao *Parquet* de maneira direta, formando um sistema de tramitação linear. A essência do trabalho é abordar os prejuízos decorrentes da aplicação literal do artigo 10, parágrafo 1º, do CPP e propor sugestões para a adequação do dispositivo à Constituição de 1988.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Sistema Acusatório. Inquérito Policial.

**Sumário** – Introdução. 1. O sistema linear de tramitação do inquérito policial adotado pelo Estado do Rio de Janeiro. 2. Os prejuízos decorrentes da aplicação literal do artigo 10, parágrafo 1º, do CPP. 3. Formas de adequar o artigo 10, parágrafo 1º, do CPP à Constituição. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

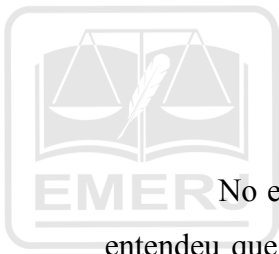
A presente pesquisa científica discute a temática da tramitação triangular do inquérito policial disposta no Código de Processo Penal. Procura-se demonstrar que tal configuração está em desacordo com o princípio acusatório disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que ensejou a adoção, pelo Estado do Rio de Janeiro, do sistema linear de tramitação, a fim de salvaguardar direitos fundamentais.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de maneira a discutir a necessidade de participação do magistrado na fase pré-processual, como estabelece o artigo 10, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, visto que o Brasil adotou o sistema acusatório no artigo 129, inciso I, da Constituição de 1988.

Com a vigência da Constituição, o Ministério Público se torna o principal destinatário do inquérito policial, enquanto o juiz passa a ter como incumbência dominante a proteção dos direitos fundamentais na relação processual.

Foi também por esse motivo que o Estado do Rio de Janeiro estabeleceu por meio de lei complementar, resoluções e provimentos que a tramitação seria direta e linear, ou seja, que o Ministério Público passaria a receber o inquérito policial diretamente da Polícia Judiciária.





No entanto, a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 2.886, entendeu que o artigo 10, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição e se encontra em vigor, isto é, a decisão indica que a tramitação triangular estaria em conformidade com o sistema acusatório. Sob essa perspectiva, os Estados apenas poderiam suplementar o CPP, e não dispor em sentido diferente, uma vez que se trata de norma sobre procedimento.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os fundamentos adotados pelo Estado do Rio de Janeiro para implementação de um sistema de tramitação do inquérito policial que vai de encontro ao disposto no Código de Processo Penal. Pretende-se, ainda, constatar quais são os prejuízos decorrentes da aplicação literal do artigo 10, parágrafo 1º, do CPP e quais seriam as formas de adequar tal dispositivo à Constituição, já que, a princípio, não se mostra compatível com o sistema acusatório.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a diferença entre a tramitação disposta no CPP e tramitação linear e direta adotada pelo Estado do Rio de Janeiro, analisando os benefícios da aplicação do segundo sistema.

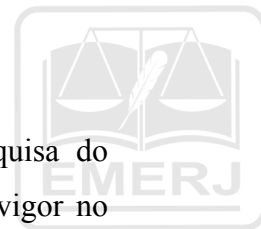
Segue-se demonstrando, no segundo capítulo, que a aplicação literal do artigo 10, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal traz prejuízos capazes de afetar a imparcialidade do magistrado, sua necessária equidistância das partes e, conseqüentemente, os direitos fundamentais no processo penal.

O terceiro capítulo analisa a ADI nº 2.886 e sua influência sobre a legitimidade da tramitação direta, bem como aborda quais medidas poderiam ser tomadas para a resolução da questão.

A pesquisa é desenvolvida a partir do método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador formula hipóteses e deduz as conseqüências que serão comprovadas ou rejeitadas de maneira argumentativa.

Para tanto, percebe-se que o método de abordagem pretendido é o qualitativo, visto que o pesquisador objetiva se valer da bibliografia apropriada à temática, analisada no momento da realização da pesquisa, e do estudo do caso representado pela ADI nº 2.886, a fim de embasar a tese.

## 1. O SISTEMA LINEAR DE TRAMITAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL ADOTADO PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



Inicialmente, de forma a contextualizar historicamente o objeto de pesquisa do presente trabalho, há que se destacar que o Código de Processo Penal entrou em vigor no ordenamento jurídico no Estado Novo e foi inspirado<sup>1</sup> no Código Rocco italiano de 1930, de cunho fascista e, por consequência, inquisitorial.

O sistema inquisitório se caracteriza pela ausência de dialeticidade, de contraditório, de ampla defesa e de imparcialidade, visto que um indivíduo decide com base na prova que ele mesmo busca e produz. Há, portanto, invasão dos juízes nas atribuições dos acusadores, o que gera a concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos dos próprios magistrados.

Sob essa ótica, vale mencionar que:

A acumulação das funções de acusar e julgar, que decerto estão na essência do sistema inquisitório, não são sua única característica. A infalibilidade do inquisidor, fundamento que o investia de poderes para alcançar a verdade – equiparada à realidade –, implicava na inevitável assunção de uma posição ativa no processo.<sup>2</sup>

A atual ordem constitucional provocou uma reviravolta ideológica e trouxe um sistema de variadas garantias individuais, além do princípio acusatório. Dessa maneira, foi necessária a reanálise interpretativa e atualização do sentido dos artigos da legislação processual penal sob a visão dos novos mandamentos constitucionais.

O sistema acusatório, por sua vez, foi adotado pela Constituição de 1988 no artigo 129, inciso I<sup>3</sup>, ao designar o Ministério Público como formulador da acusação. Em outros termos, a relação processual é iniciada apenas por meio da provocação de pessoa competente e o juiz é afastado da investigação, cabendo-lhe somente os atos de jurisdição.

Nas palavras de Rômulo de Andrade Moreira<sup>4</sup>:

Dentro desta perspectiva, o Sistema Acusatório é o que melhor encontra respaldo em uma democracia, pois distingue perfeitamente as três funções precípua em uma ação penal, a saber: o julgador, o acusador e a defesa. Tais sujeitos processuais devem estar absolutamente separados (no que diz respeito às respectivas atribuições e competência), de forma que o julgador não acuse, nem defenda (preservando a sua

---

<sup>1</sup>Em 1941, o Brasil estava submetido à ditadura de Getúlio Vargas, que outorgou a Constituição de 1937, criada às pressas e inspirada nas constituições fascistas da Itália e Polônia. O Código de Processo Penal de 1941 trouxe consigo as características de um regime totalitário. BRASIL. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf)>. Acesso em: 07 out. 2019.

<sup>2</sup>SANTORO, A. E. R. et al. Grupo de pesquisa "o sistema penal sob olhar crítico" na FND/UFRJ e UCP: o Princípio da Imparcialidade na interceptação das comunicações telefônicas. In: \_\_\_\_\_. *Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 522.

<sup>3</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 out. 2019.

<sup>4</sup>MOREIRA, Rômulo De Andrade. A competência por prevenção na interceptação telefônica e de dados. In: SANTORO, A. E. R. et al. *Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 423-434.



necessária imparcialidade), o acusador não julgue e o defensor cumpra a sua missão constitucional de exercer a chamada defesa técnica.

Verifica-se que o artigo 10, parágrafo 1º, do CPP<sup>5</sup> dispõe que, assim que concluída a investigação policial, os autos do inquérito policial devem ser direcionados ao Poder Judiciário e, posteriormente, ao Ministério Público.

No entanto, a ação penal é de iniciativa pública, sendo o Ministério Público o principal e imediato destinatário do inquérito policial. Nesse diapasão, o mais lógico e coerente seria a remessa dos autos do inquérito policial ao *Parquet* e, caso este entenda que houve má conclusão, devolveria à Polícia com o objetivo de aprofundar as investigações, em concordância com o artigo 16 do CPP<sup>6</sup>.

Logo, observa-se que há uma incompatibilidade entre o artigo 10, parágrafo 1º, do CPP<sup>7</sup> e o princípio acusatório disposto na Constituição Federal.

Vale ressaltar o que afirma Renato Brasileiro<sup>8</sup>:

Ora, tendo em conta ser o Ministério Público o *dominus litis* da ação penal pública, nos termos do art. 129, I, da Carta Magna, e, portanto, o destinatário final das investigações levadas a cabo no curso do inquérito policial, considerando que o procedimento investigatório é destinado, precipuamente, a subsidiar a atuação persecutória do órgão ministerial, e diante da desnecessidade de controle judicial de atos que não afetam direitos e garantias fundamentais do indivíduo, deve-se concluir que os autos da investigação policial devem tramitar diretamente entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, sem necessidade de intermediação do Poder Judiciário, a não ser para o exame de medidas cautelares (v.g., prisão preventiva, interceptação telefônica, busca domiciliar, etc.).

Esse é um dos motivos pelos quais o Estado do Rio de Janeiro abraçou o sistema linear de tramitação do inquérito policial por meio de Provimentos, Portarias e Resoluções, no sentido de determinar que o Poder Judiciário Estadual não recebesse mais os autos dos inquéritos policiais, como manda o dispositivo do CPP. Em seu lugar, o Ministério Público os receberia diretamente da Polícia para possível manifestação ou ciência.

Afrânio Jardim e Pierre Souto Maior<sup>9</sup> complementam:

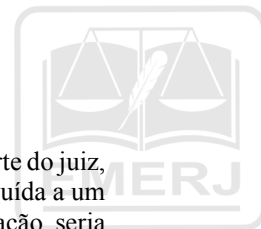
<sup>5</sup>BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 07 out. 2019.

<sup>6</sup>Ibid.

<sup>7</sup>Ibid.

<sup>8</sup>LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: Volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 155.

<sup>9</sup>JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. O Ministério Público e o controle da atividade policial. In: \_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal: Estudos e pareceres*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 487-497.



[...] quando se fizesse necessária uma atividade jurisdicional cautelar por parte do juiz, mesmo que anterior ao oferecimento da denúncia, a postulação seria distribuída a um juízo criminal. Assim, efetuada uma prisão em flagrante, sua comunicação seria distribuída normalmente a fim de que o magistrado, em cumprimento de preceito constitucional, fiscalizasse a sua legalidade, relaxando ou não a prisão (...) Nestes casos, tais distribuições tornariam preventivo o juízo, motivo pelo qual o posterior inquérito seria a ele diretamente remetido, nele passando a officiar o promotor de Justiça lotado no órgão de execução do Ministério Público vinculado à Vara Criminal.

Em relação aos benefícios trazidos por essa sistemática aplicada, é possível destacar a celeridade, já que a participação do magistrado nesse momento não possui contribuição prática. Além disso, todo o tempo empregado nos deslocamentos entre a Polícia, o Juiz competente e o Ministério Público é revertido em fases de efetuação de diligências policiais e de análise dos autos para ciência do membro do Ministério Público.

Ademais, como consequência lógica, é cabível falar em diminuição de ocorrências de prescrição, uma vez que o sistema se torna mais célere e eficiente.

Com efeito, há que se mencionar que os magistrados podem se desvencilhar da estranha função – principalmente à luz da Constituição – de controle administrativo dos autos do inquérito, o que contribui positivamente para a proteção da imparcialidade e consequente salvaguarda do devido processo legal e dos demais direitos fundamentais.

Objetivando exercer o seu papel de garantidor, o juiz deve ser um sujeito imparcial, que atua sem o interesse pessoal das partes, afastado delas e do objeto do processo. Nas palavras de Geraldo Prado<sup>10</sup>, “o juiz não pode ser um inimigo do réu, um seu adversário. Para isso, sua imparcialidade é absolutamente essencial”.

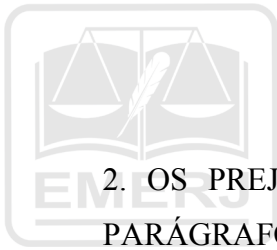
Para os autores Afrânio e Pierre<sup>11</sup>:

Parece-nos excelente esta nova sistemática implantada no Estado do Rio de Janeiro, que deverá ser aperfeiçoada com o tempo e acúmulo de experiências. Adequa-se o Ministério Público aos postulados do sistema acusatório, retirando o juiz da fase persecutório-administrativa, não mais praticando ele aquelas funções anômalas, na feliz expressão do Prof. Fernando Tourinho Filho.

Desse modo, depreende-se que não parece haver lógica na atuação de um magistrado em um momento destinado exclusivamente à formação da *opinio delicti* pelo órgão acusatório. Assim, o modelo da tramitação direta dos autos do inquérito policial se mostra como uma defesa ao Estado democrático de direito, por respeitar os ideais da Constituição Federal.

<sup>10</sup>PRADO, Geraldo. *Processo penal e direitos humanos: A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 112-147.

<sup>11</sup>JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. O Ministério Público e o controle da atividade policial. In: \_\_\_\_\_, op. cit., p. 494.



## 2. OS PREJUÍZOS DECORRENTES DA APLICAÇÃO LITERAL DO ARTIGO 10, PARÁGRAFO 1º, DO CPP

Como já analisado, a principal função da atividade jurisdicional é a garantia dos direitos fundamentais, cabendo ao julgador, em todo o processo, tutelar as liberdades individuais.

Cabe destacar ainda que a garantia da jurisdição significa a existência de um juiz imparcial, natural e empenhado em cumprir a Constituição de maneira eficaz. Dessa forma, em um Estado Democrático de Direito, o processo penal não pode mais ser considerado um instrumento em prol do poder punitivo, e sim um legitimador da aplicação de uma pena. Exige-se, dessa forma, um redimensionamento do papel do julgador, que deve ter como principal incumbência a salvaguarda dos direitos fundamentais.

O que se percebe, porém, é que a literalidade disposta no artigo 10, parágrafo 1º, do CPP<sup>12</sup> provoca prejuízos como a concentração de tarefas persecutórias e decisórias em um mesmo órgão, visto que o juiz, nesses moldes, participa do trâmite do inquérito policial.

Ainda que a instrução preliminar seja uma investigação objetiva acerca do fato, indicando e examinando as circunstâncias adversas e favoráveis ao sujeito passivo, o contato direto do magistrado com o indiciado/acusado e com os fatos e informações pode gerar, em sua mente, pré-juízos a favor ou contra o imputado, influenciando no momento de sentenciar.

Ressalte-se que essa contaminação do julgador, a partir da atuação na fase pré-processual, pode ser comprovada por estudos psicológicos, teóricos e experimentais que nos levam a crer que o magistrado que toma contato com uma primeira informação unilateral forma o seu convencimento de maneira prévia, ferindo de pronto a imparcialidade.

Um dos estudos psicológicos relevantes para o presente artigo é o da Teoria da Dissonância Cognitiva, que foi proposta em 1957 por um psicólogo americano chamado Leon Festinger. A teoria se fundamenta na ideia de que todos nós tendemos a manter a consonância ou coerência entre as nossas ideias, apreciações, crenças, atitudes ou valores que constituem o nosso mapa mental e que a psicologia dá o nome de “cognições”.

Leon Festinger<sup>13</sup> e o seu colega Merrill Carlsmith realizaram um experimento no qual estudantes eram submetidos a tarefas entediadas. Metade dos estudantes foi aleatoriamente designada ao grupo que receberia vinte dólares para mentir, afirmando que o experimento seria

---

<sup>12</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>13</sup>FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Tradução Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p. 15.



divertido. À outra metade foi oferecido apenas um dólar. A lógica faz inferir que a pessoa que recebe o maior pagamento teria a maior motivação para se entusiasmar com o teste, acreditando mais nele.

Porém, a teoria da dissonância cognitiva prevê o contrário. A dissonância cognitiva veio do conhecimento de que o experimento era tedioso e um dólar seria um pagamento insuficiente para mentir. Muitos dos sujeitos que receberam um dólar, mesmo sabendo que a tarefa era monótona, convenceram-se de que o experimento era realmente divertido, diminuindo a distância entre a própria crença anterior e o seu comportamento. O que ocorreu foi que passaram a acreditar em uma grande mentira por um pequeno incentivo, havendo, então, dissonância.

O sujeito que recebeu vinte dólares, por outro lado, não sentiu dissonância, uma vez que se sentiu confortável em mentir apenas pelo dinheiro, tendo uma justificativa plausível para dizer que a tarefa não é tediosa, apesar de achar. Assim sendo, de acordo com Festinger, sempre que houver recompensa insuficiente, haverá dissonância.

Caso o comportamento de um indivíduo vá contra suas cognições, ou caso se perceba que, entre elas, existem contradições, predominará o sentimento de desconforto e motivação a reduzir ou eliminar tais incompatibilidades.

Sendo assim, a diminuição do desconforto será sempre o objetivo, arranjando, por exemplo, justificativas para tal comportamento, ou então, mentindo para si mesmo, pois há uma pré-disposição para confirmar a informação que motivou suas ações. Segundo Leon Festinger<sup>14</sup>, se os novos dados que chegarem forem dissonantes da informação inicial, esses serão rechaçados ou menosprezados, e, em contrapartida, serão supervalorizados caso eles confirmem as informações iniciais. Isso influencia, portanto, a decisão do indivíduo.

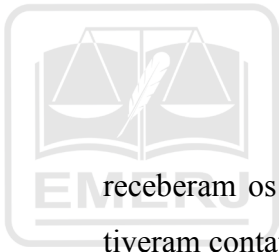
Na Alemanha, o jurista Bernd Schünemann<sup>15</sup> desenvolveu uma pesquisa com metodologia experimental que envolveu a Teoria da Dissonância Cognitiva. Para ele, quando o juiz tem conhecimento dos autos do inquérito, que praticamente não tem interferência da defesa, não é possível julgar com imparcialidade.

Schünemann, em um dos testes, submeteu alguns juízes a tomarem decisões em determinados processos. Onze magistrados não teriam contato com os autos das investigações antes de julgar, enquanto oito receberiam os autos. O que ocorreu foi que todos os juízes que

---

<sup>14</sup>Ibid., p. 25.

<sup>15</sup>SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um terceiro manipulado no Processo Penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, São Paulo, nº 11, 5-25, set. 2012. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/14/artigo01.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/14/artigo01.pdf)>. Acesso em: 02 mar. 2020.



receberam os autos da investigação proferiram sentenças condenatórias e dos onze que não tiveram contato, oito proferiram sentença de absolvição. Segundo o professor alemão<sup>16</sup>:

O juiz tem a tendência de perseverar na descrição do crime, relatada no inquérito policial. Além do mais, o magistrado não só menospreza informações dissonantes, como também, e com frequência, não as aceita nem uma só vez como verdadeiras, o que, segundo a Psicologia Cognitiva, explica-se pela apercepção favorita e pela retenção de informações redundantes.

Além de outras hipóteses confirmadas pela pesquisa, a principal para este trabalho é a conclusão de que quanto maior for o grau de envolvimento do julgador com a investigação preliminar, menor é a importância dada por ele para as perguntas da defesa, sendo maiores as chances de condenação.

Nesse caso, as teses da defesa se contradizem com as hipóteses acusatórias iniciais, o que leva à dissonância cognitiva. Consequentemente, a fim de reduzir a tensão psíquica gerada pela dissonância, são gerados dois efeitos explicados por Schünemann: o efeito inércia ou perseverança e a busca seletiva de informações.

O efeito inércia ou perseverança faz com que as informações prévias consideradas corretas, como as informações fornecidas pelo inquérito, sejam superestimadas, enquanto às dissonantes se atribui valor inferior. Já a busca seletiva de informações se dá pela procura de dados que comprovem a hipótese anteriormente acolhida e aceita pelo ego.

Ante o exposto, há que se reforçar o fato de que o juiz deve atuar de acordo com seu papel indispensável na relação processual, não se posicionando no lugar de uma das partes. Isso porque somente o afastamento do julgador viabiliza a garantia de direitos do acusado e possibilita a real gestão das provas. Ademais, é necessário salientar que limitar a atuação do juiz tem como importante finalidade preservar sua imparcialidade, legitimando a relação jurídica processual e a validade do processo.

### 3. FORMAS DE ADEQUAR O ARTIGO 10, PARÁGRAFO 1º, DO CPP À CONSTITUIÇÃO

Entendendo que o procedimento disposto pelo Código de Processo Penal não estava em conformidade com o sistema acusatório, certos Estados e Tribunais editaram leis estaduais e portarias, respectivamente, dispondo a tramitação direta do inquérito policial entre a Polícia e o Ministério Público.

---

<sup>16</sup>Ibid., p. 44.

Uma das leis estaduais que previu a tramitação linear foi a Lei Complementar nº 106/2003<sup>17</sup> (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro), que teve um de seus dispositivos declarado inconstitucional<sup>18</sup> na ADI nº 2886/RJ<sup>19</sup> por estabelecer regra contrária à norma geral editada pela União:

Ação direta de inconstitucionalidade. Incisos IV e V do art. 35 da Lei Complementar nº 106/2003, do Estado do Rio de Janeiro. Necessidade de adequação da norma impugnada aos limites da competência legislativa concorrente prevista no art. 24 da Constituição Federal. Ação julgada parcialmente procedente apenas para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 35 da Lei Complementar Estadual. A legislação que disciplina o inquérito policial não se inclui no âmbito estrito do processo penal, cuja competência é privativa da União (art. 22, I, CF), pois o inquérito é procedimento subsumido nos limites da competência legislativa concorrente, a teor do art. 24, XI, da Constituição Federal de 1988, tal como já decidido reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal. O procedimento do inquérito policial, conforme previsto pelo Código de Processo Penal, torna desnecessária a intermediação judicial quando ausente a necessidade de adoção de medidas constritivas de direitos dos investigados, razão por que projetos de reforma do CPP propõem a remessa direta dos autos ao Ministério Público. [...]

Para análise do ponto central deste trabalho, o que deve ser destacado da decisão acima é, na visão do Ministro Celso de Mello, a legitimidade da tramitação direta do inquérito policial extraída do “poder constitucional de controle externo sobre a atividade policial, estabelecido no inciso VII do artigo 129 da Constituição da República”<sup>20</sup>.

Na visão do autor Paulo Rangel<sup>21</sup>:

A regra constitucional do controle externo da atividade policial é um reforço ao sistema acusatório, pois deixa nítido e claro que ao Ministério Público é endereçada a ‘persecutio criminis’, afastando o juiz de qualquer ingerência na colheita de provas. Destarte, as regras dos §§ 1º e 3º, ambos do art. 10, bem como do art. 23, todos do CPP, estão revogadas por força do disposto no inciso VII do art. 129 da CRFB. O inquérito policial, hoje, tem um único endereço: o Ministério Público. Cabe ao promotor de justiça receber os autos do inquérito e, analisando-os, determinar seu retorno, no prazo que estipular, à delegacia de origem, para a consecução de alguma diligência ‘imprescindível’ ao oferecimento de denúncia.

Nota-se que, caso alterado o artigo 10, parágrafo 1º, do CPP<sup>22</sup> para o modelo de tramitação direta, este somente seria excepcionado quando existissem pedidos que dependam

<sup>17</sup>BRASIL. *Lei Complementar nº 106*, de 1º de março de 2003. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/a99e317a9cfec383032568620071f5d2/1f29578c748b110883256cc90049373b?OpenDocument>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

<sup>18</sup>Ibid. “Art. 35 - No exercício de suas funções, cabe ao Ministério Público: IV- receber diretamente da Polícia Judiciária o inquérito policial, tratando-se de infração de ação penal pública;”

<sup>19</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2886*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630078>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

<sup>20</sup>Ibid.

<sup>21</sup>RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 102.

<sup>22</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.





do magistrado, como a busca e apreensão, interceptação telefônica ou quando se tratasse de investigado preso.

Nessas circunstâncias, pode-se concluir que estaria solucionado o impasse referente ao verdadeiro destinatário dos autos do inquérito policial. Contudo, pela análise do capítulo anterior, poderia se deduzir, a priori, que persistiria o empecilho no tocante ao necessário distanciamento do juiz em relação à investigação, visto que isso não seria cumprido nos casos das exceções informadas acima.

Ocorre que, devido à publicação recente da Lei nº 13.964/2019<sup>23</sup>, que realizou diversas alterações em legislações penais e processuais penais, pode-se afirmar que haveria considerável redução da possibilidade de contaminação ao magistrado do processo. Isso porque foi criada, no CPP, a figura do juiz das garantias<sup>24</sup>, magistrado já previsto no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (Projeto de Lei nº 8045/2010)<sup>25</sup>.

O juiz das garantias é um magistrado que atua exclusivamente na fase de investigação e que não poderá participar da fase processual da persecução penal, o que traz uma nova configuração ao sistema de prevenção e assegura direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Com fundamento na Exposição de Motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Penal<sup>26</sup>, são três as justificativas para a criação deste juiz: a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a otimização da atuação jurisdicional criminal e a manutenção do distanciamento do juiz em relação ao processo.

A Lei nº 13.964/2019<sup>27</sup> trouxe a impossibilidade de o julgador atuar nas duas fases do processo, vigorando a regra que “quem instrui não julga”<sup>28</sup>. Logo, as funções jurisdicionais constitucionalmente válidas referentes à primeira fase da persecução penal devem ser exercidas pelo juiz das garantias.

<sup>23</sup>BRASIL. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2020.

<sup>24</sup>Ressalte-se que, até a data de envio deste trabalho, o instituto do Juiz das Garantias está suspenso por força de liminar deferida em 22/01/2020, nas ADIs nº 6298, 6299 e 6300, ações que questionam a legalidade do Juiz de Garantias.

<sup>25</sup>BRASIL. *Projeto de Lei nº 8045*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=6701B91D8776369D39B0DD2DF0EA7AD.proposicoesWebExterno2?codteor=831788&filename=PL+8045/20100](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6701B91D8776369D39B0DD2DF0EA7AD.proposicoesWebExterno2?codteor=831788&filename=PL+8045/20100)>. Acesso em: 06 mar. 2020.

<sup>26</sup>Ibid.

<sup>27</sup>BRASIL, op. cit., nota 23.

<sup>28</sup>OLIVEIRA, Daniel Kessler De. Resquícios inquisitoriais e perspectivas acusatórias: o julgador frente à "nova" sistemática processual penal brasileira. *Revista síntese: direito penal e processual penal*, São Paulo, n. 79, p. 80-102, abr. 2013.



Por esse ângulo, os atos de investigação efetuados na fase inquisitiva são isolados do juiz que proferirá a sentença final. Isso permite a tutela da legalidade da investigação preliminar e a salvaguarda dos direitos individuais.

Assim sendo, com fulcro nas funções desempenhadas pelo juiz das garantias que estão previstas no artigo 3º-B do CPP<sup>29</sup> e na sua competência restrita à fase pré-processual, pode-se inferir que não haveria prejuízo relacionado à contaminação no processo, eis que outro magistrado, que não tomou contato com os autos, atuaria na fase seguinte.

Em vista disso, a problemática referente ao “quadro mental paranoico” ou “Síndrome de Dom Casmurro”<sup>30</sup> estaria solucionada, uma vez que seria competência do juiz das garantias zelar pelo controle da investigação criminal e salvaguardar os direitos individuais, além de não atuar no julgamento do processo.

Com o propósito de reforçar tal concepção, importante mencionar também a inclusão do artigo 3º-A<sup>31</sup> no CPP<sup>32</sup>, que expressamente adota o sistema acusatório ao dispor que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”. Nesse sentido, a gestão da prova deve estar nas mãos das partes, endossando que o juiz não terá iniciativa probatória, o que preserva a sua imparcialidade.

Nessa perspectiva, tendo como base a atual conjuntura legislativa, mostra-se relevante a alteração do parágrafo 1º do artigo 10 do CPP<sup>33</sup> pelo Congresso Nacional, a fim de que preveja, como regra, a tramitação direta do inquérito policial entre Polícia e Ministério Público. Seria, portanto, uma forma de solucionar a questão central, de modo a realizar uma adequação conforme a Constituição, ante a decisão do STF na ADI nº 2.886/RJ<sup>34</sup>.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou a existência de dois tipos de tramitação do inquérito policial no Brasil. De um lado, está a tramitação disposta na literalidade do artigo 10, parágrafo 1º, do

---

<sup>29</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

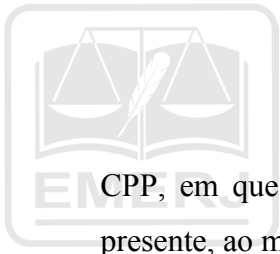
<sup>30</sup>Denominações utilizadas pela doutrina a fim de caracterizar o processo mental pelo qual passa o juiz que antecipa a formação do juízo.

<sup>31</sup>Com a concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Min. Fux, está suspensa a eficácia do artigo 3º-A.

<sup>32</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>33</sup>Ibid.

<sup>34</sup>BRASIL, op. cit., nota 19.



CPP, em que exige a participação do magistrado; de outro, a tramitação direta ou linear, presente, ao menos de maneira prática, no Estado do Rio de Janeiro.

O primeiro modelo, com base no dispositivo do CPP, traduz uma sistemática em que os autos são remetidos para o Poder Judiciário quando concluída a investigação policial. Em seguida, há o envio para o Ministério Público. Porém, a participação do magistrado nesse momento pré-processual não contribui de maneira prática para o andamento do processo, além de prejudicar a atuação dos princípios da celeridade processual e da imparcialidade do juiz.

O segundo sistema, denominado linear, determina o não recebimento dos autos do inquérito policial pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, a Polícia enviaria diretamente para o Ministério Público, para que este se manifeste ou dê ciência. É o sistema que mais se coaduna com a Carta Magna, visto que o *Parquet* é o principal e imediato destinatário do inquérito policial.

Em sendo adotado este último modelo, o magistrado apenas teria contato com os autos em situações nas quais seria inevitável sua participação, até mesmo para preservar direitos fundamentais.

Acerca do possível prejuízo à imparcialidade do juiz ocasionado por essa proximidade com a fase de inquérito, a teoria psicológica da dissonância cognitiva aplicada ao Processo Penal expressa que quanto maior o grau de envolvimento do julgador com a produção de provas, menor é o seu interesse pelos questionamentos da defesa, sendo, então, muito mais provável o resultado condenação.

Isso acontece, pois, a tese de defesa é contrária à hipótese acusatória inicial, conduzindo à dissonância. A partir desse momento, há uma perseguição, ainda que involuntária, de autoconfirmação das hipóteses iniciais. Dessa maneira, entende-se que a adoção do juiz das garantias extinguiria o problema de um possível vínculo psicológico, uma vez que tal magistrado apenas participaria da fase pré-processual, enquanto outro seria responsável pela sentença.

Como já exposto, em um sistema acusatório, o juiz é afastado da iniciativa probatória, mantendo uma estrutura dialética e o equilíbrio processual, sendo o Ministério Público o formulador da acusação.

Segundo a decisão da ADI 2886, é inconstitucional lei estadual que preveja tramitação direta do inquérito policial, por ser contrária à norma geral. Sendo assim, deve ser realizada a alteração do artigo 10, parágrafo 1º, do CPP pelo Congresso Nacional, para que ocorra a aplicação prática do sistema linear de tramitação do inquérito policial em todo o território



nacional, ou seja, a fim de que os autos não sejam enviados ao magistrado, em regra. Isso para que o Código de Processo Penal se adeque à Constituição Federal, e não o contrário.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf)>. Acesso em: 07 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 106*, de 1º de março de 2003. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/a99e317a9cfec383032568620071f5d2/1f29578c748b110883256cc90049373b?OpenDocument>>. Acesso em: 05 mar. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 8045*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=6701B91D8776369D39B0DD2ADF0EA7AD.proposicoesWebExterno2?codteor=831788&filename=PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6701B91D8776369D39B0DD2ADF0EA7AD.proposicoesWebExterno2?codteor=831788&filename=PL+8045/2010)>

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2886*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630078>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Tradução Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1975.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. O Ministério Público e o controle da atividade policial. In: \_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal: Estudos e pareceres*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume único*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

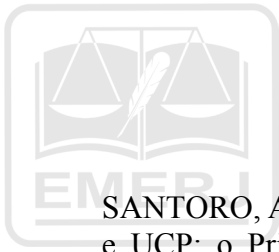
LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MOREIRA, Rômulo De Andrade. A competência por prevenção na interceptação telefônica e de dados. In: SANTORO, A. E. R. et al. *Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Resquícios inquisitoriais e perspectivas acusatórias: o julgador frente à "nova" sistemática processual penal brasileira. *Revista síntese: direito penal e processual penal*, São Paulo, n. 79, p. 80-102, abr. 2013.

PRADO, Geraldo. *Processo penal e direitos humanos: A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



SANTORO, A. E. R. et al. Grupo de pesquisa "o sistema penal sob olhar crítico" na FND/UFRJ e UCP: o Princípio da Imparcialidade na interceptação das comunicações telefônicas. In: \_\_\_\_\_. *Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um terceiro manipulado no Processo Penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, São Paulo, nº 11, 5-25, set. 2012. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/14/artigo01.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/14/artigo01.pdf)>. Acesso em: 02 mar. 2020.>

## O DIREITO DE TRANSEXUAIS E TRAVESTIS E O INÍCIO DO DEBATE SOBRE O SEU ENCARCERAMENTO NA ADPF N.º 527/DF

Yasmin Silva Bittencourt

Graduada pelas Faculdades Integradas Vianna Jr.  
Pós-graduada em Direito Público e Privado pela  
Escola da Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro. Advogada.

**Resumo** – o presente trabalho é iniciado mostrando a evolução normativa relativa aos direitos humanos voltados à proteção da comunidade LGBTQI+. Pondera-se, em seguida, sobre a ineficácia da mera previsão normativa, a qual, embora importante, não é suficiente para afastar o tratamento discriminatório que as aflige perante a sociedade. É quando se atenta à necessidade de atuação do Poder Judiciário, para que se mitigue a violação massiva de direitos humanos da pessoa LGBTQI+, especialmente quando encarceradas. A pesquisa é focada no encarceramento de transexuais e travestis, expondo a lesão excessiva e desnecessária que as atinge quando nessa situação. O artigo apresenta, ainda, o impacto que a ADPF n.º 527/DF pode causar a esse sistema e a sua importância para efetivar direitos que até então eram negados a esse grupo de pessoas.

**Palavras-chave** – Direitos Humanos. Direitos LGBTQI+. Encarceramento de transexuais e travestis.

**Sumário** – Introdução. 1. A ineficácia da mera proteção normativa aos direitos LGBTQI+. A evolução jurisprudencial sobre os direitos assegurados a transgêneros. 3. A importância da ADPF n.º 527/DF para firmar a proteção carcerária a transexuais e travestis. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa expor a necessidade de assegurar às pessoas transgênero uma maior proteção quando forem encarceradas por qualquer motivo. Busca-se demonstrar a situação de dupla vulnerabilidade dessas mulheres e como adequar o sistema carcerário de modo mitigar os riscos e lesões a que são expostas.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, já que o Poder Legislativo se mantém inerte em relação aos direitos que deveriam ser assegurados à população LGBTQI+. Assim, discute-se se a mera aplicação do princípio da igualdade, em sua vertente material – tratar os desiguais na medida de sua desigualdade,



seria suficiente para tornar constitucional o tratamento diferenciado conferido pelo Poder Judiciário.

A fim de elucidar a explanação do tema, lembre-se que transgênero são todos os indivíduos que, de uma forma geral, não se identificam com seu sexo biológico. É como um guarda-chuva, que abrange transexuais, travestis, *crossdressers*, não binários.

Neste estudo, focar-se-á nas pessoas transexuais e travestis. Transexuais são as pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico. Elas têm uma percepção de que seu corpo é inadequado à forma como se sentem, e buscam ajustá-lo à imagem que têm de si. Travestis se diferem de transexuais porque, embora também se apresentem com o gênero oposto ao que corresponde seu sexo biológico, não têm aversão a seus órgãos sexuais e, portanto, não querem modificá-los.

Embora a legislação atual insista em ignorar essa realidade social, a verdade é que esse grupo de pessoas – LGBTQI+ e, em especial, transexuais e travestis – merece uma proteção especial do Direito. São grupos extremamente vulneráveis em relação a sociedade, sendo vítimas frequentes de violações massivas de direitos humanos, tendo em vista a visão conservadora e a atitude violenta da sociedade em relação a elas.

Essa situação social se agrava quando encarceradas. A população carcerária já é marginalizada por si só. Não obstante, transexuais e travestis, por se inserirem em um grupo extremamente estigmatizado, mesmo em liberdade, sofrem essa situação de dupla vulnerabilidade quando presas, como apresenta o Min. Roberto Barroso na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527/DF.

O tema é controvertido na doutrina e na jurisprudência, mas merece atenção, uma vez que sempre é delicada a intervenção do Poder Judiciário quando existe omissão legislativa.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a evolução jurisprudencial sobre os direitos assegurados à população LGBTQI+ e, especialmente, a transgêneros.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, sobre a medida cautelar proferida pelo Min. Roberto Barroso e sua importância para a concretização dos direitos de transexuais e travestis.

Já o terceiro capítulo abordará a discussão específica sobre as travestis, tendo em vista que não é pacificada a solução sobre qual seria a unidade prisional adequada para o seu cumprimento de pena. Serão trazidas soluções e debates formulados no direito comparado e se seria possível deixar a escolha nas mãos das próprias travestis, de modo a permanecerem na unidade prisional onde se sintam mais seguras.



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

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

## 1. A INEFICÁCIA DA MERA PROTEÇÃO NORMATIVA AOS DIREITOS LGBTQI+

Os direitos humanos se tornaram uma preocupação em escala mundial a partir do século XX. As atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial atentaram para a necessidade de uma ordem universal e indivisível dos direitos humanos. Não podia mais ser concebida uma noção meramente doméstica do Estado, mas como um problema de relevância internacional. Pensando nisso foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), com a consolidação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948<sup>1</sup>.

Na teoria, para ser titular dos direitos ali assegurados bastava a condição de ser humano, sem distinção de raça, cor, orientação sexual, religião, língua, nacionalidade ou qualquer forma de discriminação. Sabe-se, todavia, que a concretização desses direitos é mais difícil, especialmente em relação às minorias, grupo que carece de uma atenção especial.

A ONU não havia se manifestado sobre orientação sexual e identidade de gênero até 1994, quando foi julgado um caso de homossexualidade ocorrido na Austrália, país que criminalizava a “prática homossexual”. O Comitê Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, vinculado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, declarou que as leis que violam os direitos LGBT violam os direitos humanos<sup>2</sup>.

Em 2007 foram aderidos às Nações Unidas os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação

<sup>1</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

<sup>2</sup> ONU. Organização das Nações Unidas. *Toonen v. Australia*. CCPR/C/50/D/488/1992, UN Human Rights Committee (HRC), 1994. Disponível em: <<https://www.refworld.org/cases,HRC,48298b8d2.html>>. Acesso em: 29 abr. 2020.





Sexual e Identidade de Gênero<sup>3</sup>. Embora não fossem novos, pois muitos já haviam sido consagrados na Declaração Universal de Direitos Humanos, os princípios foram ressignificados e adequados ao prisma da sexualidade.

Em 2011 foi aprovada pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas a Resolução 17/19<sup>4</sup>, que versava sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, da qual o Brasil participou e votou favoravelmente. Como se nota, as Nações Unidas têm evidenciado a extensão dos direitos humanos às pessoas LGBT, a fim de mitigar a discriminação social que as atinge.

Não obstante, mesmo que se busque evidenciar esses direitos por meio de normas, recomendações e resoluções, ainda se mostra ineficaz a mera previsão normativa, pois carente de efetivação.

Na Inglaterra, apenas em outubro de 2015, foi Tara Hudson, uma mulher transexual, transferida de um presídio masculino para um presídio feminino. A atitude só ocorreu após uma mobilização nacional formada por uma petição subscrita por 140.000 pessoas em favor da remoção.

Apesar da alteração na situação de Tara, verifica-se que foi apenas um caso isolado, visto que logo depois duas transexuais presas em um presídio masculino, Joanne Latham e Vicky Thompson, cometeram suicídio<sup>5</sup>. Esses acontecimentos ensejaram uma discussão sobre direitos humanos no Reino Unido, que se comprometeu a divulgar quantas detentas existiam naquelas condições e iniciou um estudo para buscar o melhor lugar para cumprimento de pena dessas mulheres.

No Brasil, a situação é ainda pior. O sistema prisional é extremamente falho no geral, com problemas de superlotação, falta de estrutura, trabalho e educação, tráfico de drogas, domínio de facções criminosas, falta de acompanhamento das execuções penais. Além dessas reiteradas violações aos direitos humanos dos presos brasileiros, transexuais e travestis são duplamente humilhadas, já que expostas a uma população diferente de seu gênero, que as tornam o alvo principal de torturas e abusos. Exemplo disso se mostra na obrigatoriedade em alguns presídios de a presa tomar banho de sol sem camisa; o corte

<sup>3</sup> PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2019.

<sup>4</sup> CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos: Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Resolucao1719ONU.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

<sup>5</sup> ALISSON, Eric; PIDD, Helen. Second transgender prisoner found dead in male jail. *The Guardian*, 1.º dez. 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/society/2015/dec/01/second-trans-prisoner-joanne-latham-apparently-takes-own-life-in-male-jail>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

obrigatório dos cabelos femininos nos presídios masculinos; a proibição de tratamento com hormônios; a revista íntima vexatória.

No Ceará, em 2015, foi relatado por uma mulher transexual, que havia passado vinte dias presa em uma penitenciária masculina e se mataria se voltasse à prisão. A presa havia sido espancada e estuprada por quatro detentos, o que motivou a apuração do caso<sup>6</sup>.

Outro exemplo notório foi o de Vitória R. Fortes, que motivou a criação da “ala gay” em Minas Gerais, o primeiro Estado a reservar uma área para transexuais e travestis. Enquanto no presídio masculino, Vitória era obrigada a ter relação sexual com todos os homens das celas, em sequência, era ameaçada e morte e leiloada entre os presos. Para se ter uma ideia, a mulher chegou a sofrer 21 estupros em um dia, pegou hepatite e sífilis<sup>7</sup>.

A situação gravíssima anda em confronto com as evoluções mundiais no campo normativo.

No Brasil, apenas alguns Estados como Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Paraíba contam com ala específica em estabelecimentos penais para homossexuais, travestis e transexuais. A Bahia, em 2014, se comprometeu a criar espaços nesse sentido<sup>8</sup>.

Ainda em 2014, foi editada a Resolução Conjunta n.º 1/14<sup>9</sup> pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) e pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) estabelecendo novos parâmetros para o tratamento da população LGBT no sistema prisional.

Tal ato normativo elenca, entre outras medidas, a necessidade de manifestação da vontade da pessoa quanto ao tipo de estabelecimento para o qual será destinada, o direito de ser tratada pelo nome social e, principalmente, o encaminhamento de homens e mulheres transexuais para unidades prisionais femininas, com direito ao mesmo tratamento que o das demais mulheres privadas da liberdade (art. 4.º).

<sup>6</sup> ROMÃO, Rosana. Defensoria pública investiga estupro sofrido por transexual em cela masculina de presídio. *Tribuna do Ceará*, 2 out. 2015. Disponível em: <<https://tribunadoceara.com.br/noticias/segurancapublica/defensoria-publica-investiga-estupro-sofrido-por-transexual-em-cela-masculina-de-presidio/>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

<sup>7</sup> KIEFER, Sandra. Homossexuais contam abusos que sofriam em prisões sem separação. *O Estado de Minas*, 25 nov. 2014. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna\\_gerais,593189/uma-questao-de-respeito.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais,593189/uma-questao-de-respeito.shtml)>. Acesso em: 29 abr. 2020.

<sup>8</sup> CHAIB, Julia. *Cadeia exclusiva para homossexuais*. In: MP-MG. Superintendência de Comunicação Integrada. CLIPPING, n. 132, p. 14, 2013.

<sup>9</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução n.º 1*. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/04/2014&jornal=1&pagina=2&totalArquivos=96>>. Acesso em: 29 abr. 2020.



É também assegurado a essas pessoas o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, a manutenção de cabelos compridos (art. 5.º), o uso do tratamento hormonal (art. 7.º), o direito à visita íntima (art. 6.º) e ao auxílio-reclusão (art. 11).

Outros Estados também têm adotado resoluções no âmbito de suas Secretarias de Administração Penitenciária, como São Paulo<sup>10</sup> e Rio de Janeiro<sup>11</sup>. Busca-se, por meio dessas resoluções, orientar os agentes penitenciários, efetivar os direitos dessas pessoas e criar espaços específicos para seu acolhimento.

Embora a Resolução SAP n.º 11 de São Paulo seja elogiável, sob sua vigência Verônica Bolina foi gravemente espancada e teve suas imagens divulgadas de forma atentatória à sua dignidade<sup>12</sup>. Isso demonstra que a mera imposição normativa não é suficiente, pois é preciso uma mudança estrutural dessa mentalidade calcada na banalidade do mal. A violência não é isolada, mas sim o resultado de um sistema estatal que mitiga a punição, quando existente, e se omite perante sua obrigação em educar.

Pensando nisso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aprovou, em 2018, um Relatório que analisa os avanços e desafios frente ao reconhecimento dos direitos das pessoas LGBTQI+ nas Américas.

Ainda que de difícil concretização, a previsão normativa é importante para demonstrar que o Estado, ou organização internacional, reconhece o problema e busca solucioná-lo. A questão é que, muitas vezes, é usada apenas como meio político, o que a distância da efetivação dos direitos. Justamente por isso a atuação judicial é importante, quando a mera positivação não basta para solucionar o conflito social.

## 2. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DOS DIREITOS ASSEGURADOS A TRANSGÊNEROS

O fato jurídico raramente acompanha o fato social, já que este é produzido com muito mais rapidez. Na maioria dos casos, a mobilização social é necessária para modificar o Direito e adequá-lo à situação fática contemporânea. A luta atual das minorias por

<sup>10</sup> SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Administração Penitenciária. *Resolução n.º 11/2014*. Disponível em: <<http://justica.sp.gov.br/wp-content/uploads/2019/10/Resolucao-SAP-11-de-30-de-marco-de-2014.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

<sup>11</sup> RIO DE JANEIRO (Estado). Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. *Resolução n.º 558/2015*. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/baixar.php?arquivo=admin/arquivos/1553110021.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

<sup>12</sup> TOMAZ, Kleber; ACAYABA, Cíntia. *Travesti fica desfigurada após prisão; Defensoria diz haver indício de tortura*. *G1 São Paulo*, abr. 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/04/travesti-fica-desfigurada-apos-prisao-defensoria-diz-haver-indicio-de-tortura.html>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

direitos iguais demonstra como a construção jurídica e legislativa acontece.

A Constituição Federal de 1988<sup>13</sup>, no artigo 5º, *caput*, assegura o direito à igualdade e à liberdade para todos os brasileiros. Seu artigo 1º, no inciso III, eleva a dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado Democrático de Direito. Em razão da eficácia vertical dos direitos fundamentais, todo o ordenamento jurídico interno busca concretizar esses princípios e direitos, e os dele decorrentes, pouco importando as características pessoais de cada um.

No Brasil, a luta pelos direitos humanos de pessoas LGBTQI+ começa a ser levada em consideração na década de 1980, quando a ditadura perde sua força e o país passa por uma reabertura democrática, o que causa o reaparecimento de movimentos sociais e democráticos. A partir daí, as mobilizações LGBTQI+ passam a trabalhar em conjunto com o governo.

Em 1985, foi retirada, no Brasil, a homossexualidade da classificação de doenças no Conselho Federal de Medicina<sup>14</sup>. Já em 1990, a Organização Mundial de Saúde retira de seus catálogos médicos o sufixo -ismo da palavra “homossexual”, abandonando a alusão à doença e a passando a nomear homossexualidade, como condição de ser e orientação individual do desejo.

A Lei n.º 7.716/89 regulamentou a igualdade material prevista pela Constituição ao instituir, em seu artigo 1º que: “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.”<sup>15</sup>

Apesar disso, perceba-se que os anseios da população LGBTQI+ não foram atendidos, pois não constam na lei os termos “orientação sexual” e “identidade de gênero”. Destarte, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que há omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia. A decisão foi proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26<sup>16</sup> e no Mandado de Injunção (MI) 4.733<sup>17</sup>, quando a Corte decide enquadrar a homofobia e a transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716).

<sup>13</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

<sup>14</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Consulta n.º 32/84*. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/pareceres/cfm/1985/5\\_1985.htm](http://www.portalmédico.org.br/pareceres/cfm/1985/5_1985.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

<sup>15</sup> BRASIL. *Lei n.º 7.716*, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO n.º 26*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI n.º 4.733*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em: 30 mai. 2020.



Como o Poder Legislativo insiste em se manter inerte em relação à proteção à população LGBTQI+, a maior parte dos avanços conquistados adveio do Poder Judiciário, que atua fortemente na efetivação da isonomia pretendida pela Constituição. Exemplo disso é a regulação do casamento civil homoafetivo pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, ocorrida apenas em 2013, proibindo que cartórios brasileiros se recusassem a casar pessoas do mesmo gênero<sup>18</sup>.

Se os direitos dos homossexuais demoram a ser efetivados, os transgêneros são ainda mais prejudicados pela mora normativa. Para alcançar a finalidade desse trabalho, é válido diferenciar os conceitos de orientação sexual e de identidade de gênero.

Os Princípios de Yogyakarta, como visto, são premissas que refletem a aplicação de normas internacionais de direitos humanos sobre orientação sexual e identidade de gênero. O documento ensina que orientação sexual é a capacidade de cada pessoa a ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas. Identidade de gênero, por sua vez, consiste na experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

O debate proposto nesta pesquisa foca na questão da identidade de gênero em relação à pessoa transexual e à travesti.

Embora existam relatos sobre a transexualidade desde o império romano, Maria Berenice Dias<sup>19</sup> atenta que, apenas em idos de 1920, acontecem os primeiros relatos de cirurgia de mudança de sexo, a qual era associada ao hermafroditismo, com a finalidade de adequar o órgão genital a seu “verdadeiro gênero”.

Em 1980, a transexualidade é tida como “transexualismo” e entra no catálogo de doenças da DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), e ingressam no CID-10, no Brasil, em 1992.

Como o reconhecimento social da transexualidade como um fato – não doença – não foi assegurado pela norma jurídica, a jurisprudência desempenha um papel importante para a solução da questão.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 175*. Disponível em: <[https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_175\\_14052013\\_16052013105518.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf)> Acesso em: 07 jan. 2020.

<sup>19</sup> DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e Direitos LGBTI*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 226-229.

O marco jurídico sobre os direitos da pessoa transexual no Brasil foi o julgamento, pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo na Apelação Criminal nº 201.999/Capital, que absolveu o médico que realizou cirurgia de transgenitalização em paciente transexual, tendo em vista a ausência de dolo.

O direito a tal cirurgia se consolida em 1997, quando o Conselho Federal de Medicina aprova a Resolução nº 1.482/97<sup>20</sup> e passa a autorizar a realização da cirurgia de transgenitalização para tratamento de pessoas transexuais.

Já o Código Civil de 2002, em seu artigo 13<sup>21</sup>, aparenta legalizar tal cirurgia ao permitir a disposição do próprio corpo quando decorrer de exigência médica, o que ocorre no caso de cirurgias de transgenitalização<sup>22</sup>. Esse entendimento é autorizado até mesmo pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que conceitua saúde como completo estado de bem-estar físico, psicológico e social.

Embora assegurado o direito à cirurgia em 1997, o entendimento à época era de impossibilidade de alteração do registro civil da transexual, mesmo quando realizada a alteração do órgão sexual. Argumentava-se que isso seria o mesmo que “admitir o casamento homossexual”, que a cirurgia era meramente estética e não modificava o “verdadeiro sexo” da pessoa, e que qualquer constrangimento sofrido seria advindo de sua “escolha” pela cirurgia. Perceba-se que, além de confundirem identidade de gênero com orientação sexual, tratava-se de posição moralista que sequer buscava entender o sentimento alheio e a condição humana.

Em idos dos anos 2000, a jurisprudência evoluiu para permitir a alteração do prenome e do sexo da pessoa no registro civil, pois, segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo, seria incoerente que o Estado admitisse a cirurgia, mas se recusasse a reconhecer os direitos da personalidade decorrentes de tal ato. A possibilidade de adequação do registro ao corpo em conformidade com o gênero pelo qual se identificava foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2009.

O tema, todavia, continuou polêmico na sociedade e no Direito, o que perdurou até 2018, quando o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, afirmou o direito à alteração no registro da transexual, independentemente de

---

<sup>20</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.482*. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482\\_1997.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

<sup>21</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

<sup>22</sup> IV JORNADA DE DIREITO CIVIL, 276, 2006, Brasília. *Emunciado nº 276*. Brasil: Conselho de Justiça Federal, 2006.



realização da cirurgia de transgenitalização.

Para tanto, o Tribunal se baseou na Opinião Consultiva n.º 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos para esclarecer que a identidade de gênero não é sujeita a prova, pois a vontade da pessoa deve ser tida como soberana perante o Estado e a sociedade. Além disso, exigir uma cirurgia para adequar o registro acabaria por impor uma esterilização compulsória para que a pessoa tenha sua identidade de gênero respeitada, o que, evidentemente, violaria a sua autonomia e integridade corporal.

Como não se prova, o STF também definiu que essa adequação do registro independe de ação judicial, sendo suficiente o procedimento administrativo para tanto.

Outra evolução jurisprudencial foi a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, em processo de Consulta, que reconheceu o direito de mulheres transexuais se enquadrarem nas cotas eleitorais destinadas ao sexo feminino<sup>23</sup>. É justificada a medida, pois a ação afirmativa busca proteger a identidade de gênero feminina em vez de seu “sexo biológico”.

Por fim, a medida cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 527/DF deu mais um passo no debate jurisprudencial sobre os direitos assegurados a transgêneros. Na cautelar, o Min. Barroso assegura às transexuais femininas a cumprirem pena em presídios femininos, de acordo com sua identidade de gênero<sup>24</sup>. Quanto às travestis, foi-lhe conferido o direito de escolha sobre qual estabelecimento penitenciário seria mais adequado. Visa a medida resguardar os direitos à dignidade humana, à autonomia, à liberdade, à igualdade, à saúde, vedação à tortura e ao tratamento degradante e desumano (CFRB/88, art. 1º, III; e art. 5º, caput, III).

### 3. A IMPORTÂNCIA DA ADPF N.º 527/DF PARA FIRMAR A PROTEÇÃO CARCERÁRIA A TRANSEXUAIS E TRAVESTIS

A ADPF n.º 527/DF visa assegurar o cumprimento dos artigos 3º, §§1º e 2º, e 4º, caput e parágrafo único, da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação n.º 1<sup>25</sup>, os quais definem parâmetros para o acolhimento de

<sup>23</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n.º 0604054-58.2017.6.00.0000*. Relator: Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-tarcisio-transgeneros.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n.º 527/DF*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

<sup>25</sup> BRASIL. *Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação n.º 1*, de 14 de abril de 2014. Diário Oficial da União. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&data=17/04/2014&pagina=1>>. Acesso em: 08 jan. 2020.



peçoas LGBT submetidas à privação de liberdade em estabelecimentos prisionais brasileiros. O texto da norma assegura às travestis e aos homossexuais presos em unidades prisionais masculinas espaços de vivência específicos, mediante expressa declaração de vontade dos presos. Quanto a peçoas transexuais, masculinas ou femininas, devem ser encaminhadas para unidades prisionais femininas. Estão as mulheres transexuais sujeitas a tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade.

Isto posto, foi pleiteado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ALGBT), autora da ação, que o STF conferisse interpretação conforme à Constituição a tais normas para assegurar o direito de escolha às travestis, para que optem pelo estabelecimento que considerem mais adequado. Isso porque, até então, o direito ao cumprimento de pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino só era assegurado às transexuais. As travestis, até então, deviam viver nos mencionados espaços de vivência, o que pode ser extremamente prejudicial à sua integridade física e psicológica.

A Advocacia-Geral da União se manifestou contrariamente ao pedido, sob o argumento de que a norma já assegura os direitos requeridos às transexuais. Quanto às travestis, fundamenta que a autora busca a criação de uma norma pelo Poder Judiciário, o que viola o princípio da separação de poderes. A Procuradoria Geral da República, por sua vez, opinou pelo conhecimento da arguição e pela procedência do pedido cautelar.

Quanto aos direitos de transexuais, não há dúvida sobre onde devem cumprir pena. Tanto a autora como a Advocacia-Geral da União reconhecem que mulheres e homens transexuais devam ser acolhidas em presídios femininos. Em relação às mulheres, esse reconhecimento é compatível com decisões anteriores prolatadas pelo STF. Exemplo disso é a ADI n.º 4.275/DF que reconhece a possibilidade de registro do nome social, independente de cirurgia de mudança de sexo, por meio de procedimento administrativo, quando fundamenta sua decisão no direito de transexuais de viver de acordo com sua identidade de gênero e ter tratamento social com ela compatível<sup>26</sup>. Tal medida é reconhecidamente necessária para assegurar o respeito à dignidade humana, à liberdade e à autonomia das transexuais, além de sua integridade física e psíquica.

O Poder Público não oferece proteção específica à comunidade transgênero, mas

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 4.275*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4275%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4275%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aju5rhv>>. Acesso em: 08 jan. 2020.





a Constituição admite esse resguardo. Afinal, são direitos constitucionais o tratamento isonômico, a dignidade humana, a liberdade, a autonomia privada, a saúde, a vedação ao tratamento cruel e à tortura, entre outros. Direitos fundamentais que são estendidos, por óbvio, às pessoas transgênero.

Em virtude desse fundamento constitucional é que se diz que os Princípios de Yogyakarta não inovam no ordenamento jurídico, mas especializam direitos que já eram assegurados, o que infelizmente é necessário. Quanto aos direitos humanos LGBTI+, definem que “toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana” e que “a orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa”. Reforçam que os Estados devem evitar uma marginalização ainda maior dessas pessoas quando encarceradas e fornecer um acesso mais adequado à saúde física e psicológica, em atenção à necessidade especial relacionada à orientação sexual ou à identidade de gênero. Esse tratamento deve ser observado mesmo quanto à saúde reprodutiva, ao acesso à informação e à terapia hormonal ou qualquer outro tipo, bem como a tratamentos de reassignação de sexo/gênero, quando desejado.

Estabelecem, ainda, que os países devem assegurar que todos participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero; implantar medidas de proteção para todos os presos vulneráveis à violência ou abuso e assegurar que tais medidas não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional; assegurar que as visitas conjugais sejam concedidas na base de igualdade; proporcionar o monitoramento independente das instalações de detenção por parte do Estado e também por organizações não-governamentais, inclusive organizações que trabalhem nas áreas de orientação sexual e identidade de gênero; implantar programas de treinamento e conscientização, para o pessoal prisional e todas as outras pessoas do setor público e privado que estão envolvidas com as instalações prisionais, sobre os padrões internacionais de direitos humanos e princípios de igualdade e não-discriminação.

Ademais, os mencionados Princípios de Yogyakarta vedam a tortura e o tratamento cruel, desumano ou degradante, algo que aflige de forma especial a comunidade LGBTQI+ quando encarceradas.

Tais premissas são fixadas para que os Estados tomem as medidas legislativas e administrativas necessárias para evitar e proteger a comunidade desse tratamento, identificando todas as suas vítimas e oferecer-lhes recursos jurídicos, medidas corretivas e



reparações, além de apoio médico e psicológico. Determina-se, ainda, que os Estados implantem programas de treinamento e conscientização, para a polícia, agentes prisionais e todas as pessoas do setor público e privado em posição de perpetrar ou evitar esses atos.

Com base nesses princípios é que se baseou o Min. Barroso ao determinar que as transexuais que estivessem presas em penitenciárias masculinas fossem transferidas para estabelecimentos prisionais destinados ao gênero feminino.

Atente-se que homens transexuais lamentavelmente também são encaminhados a unidades prisionais femininas, tendo em vista a extrema vulnerabilidade que sofreriam em unidades masculinas, devido a estigma inerente à própria sociedade. Essa marginalização do transgênero poderia se agravar quando preso, o que colocaria o homem em situação de demasiada exposição à violência física e psicológica.

Finalmente, no que tange às travestis, não há a mesma clareza quanto à solução, visto que sua identidade de gênero não é tão definida quanto a de transexuais. Por esse motivo, o Relator Ministro Barroso transita entre três possibilidades para fins de deferimento da medida cautelar.

Poderia o Ministro seguir a existente Resolução Conjunta n.º 1, a qual confere às travestis a escolha por ser presa nos espaços de convivência específicos, situados na unidade prisional correspondente ao seu sexo biológico. É cogitada também a alocação das travestis em unidades prisionais femininas, de forma automática, como requerido na petição inicial da ADPF n.º 527/DF, mas que foi posteriormente modificado.

Por último, e que Barroso considerou mais adequado, poderia ser conferido às travestis o direito de optar entre cumprir pena em estabelecimento prisional destinado ao gênero feminino ou masculino. Essa medida não apaga a identidade de gênero da pessoa travesti, nem impõe que ela tenha seu gênero definido. Ao contrário, caberá a ela escolher o local de acolhimento mais adequado e menos degradante possível.

Barroso atenta para a notícia de que o CNCD/LGBT pretende modificar o teor da Resolução Conjunta n.º 1, passando a prever o direito das travestis a serem encaminhadas às unidades prisionais “de acordo com a sua identidade de gênero”. Essa aparenta ser a solução mais adequada, principalmente se comparada a situação até então existente. Todavia, a discussão está longe de ser concluída.

É preciso cuidado ao editar previsões normativas desse tipo, devendo existir antes uma profunda e extensa pesquisa sobre o tema. Isso porque a definição do gênero com o qual se identifica não é algo de fácil constatação. Aliás, a identidade com os gêneros masculino ou feminino não é sequer uma realidade para muitas pessoas, de modo que a



imposição para que definam sua identidade poderia gerar consequências graves tanto no aspecto psicológico como físico de uma pessoa.

A medida cautelar proferida na ADPF n.º 527/DF é de suma importância justamente por não impor a travestis que definam, de pronto, o gênero com o qual se identificam. Basta, agora, que escolham o estabelecimento prisional com o qual se sintam mais seguras e acolhidas, sem precisarem renunciar à fluidez de seu gênero.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a situação atual da proteção às pessoas transgênero encarceradas. Demonstrou-se, em princípio, a situação de vulnerabilidade que essas pessoas vivem, tanto quando libertas como quando encarceradas.

Iniciou-se o trabalho expondo o histórico normativo internacional relacionado aos direitos assegurados especificamente a pessoas transgênero e a ineficácia de um sistema que valoriza o instrumento meramente normativo, sem qualquer ferramenta de concretização. Mostrou-se o quanto a mera posituação de direitos humanos não é suficiente para que sejam eles concretizados, principalmente quando se trata de grupos de minoria.

No segundo capítulo foi exposta a questão na ordem interna, isto é, a dignidade da pessoa humana como um princípio norteador da própria República Federativa do Brasil e sua carência de concretização social. Assim, foi ressaltada a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para efetivar o princípio em relação à comunidade LGBTQI+ e, em especial, às pessoas transexuais e travestis.

Nesses termos, por ser o foco da presente pesquisa, foi discutida qual a melhor forma de lidar com o cárcere de pessoas que não se identificam com seu sexo biológico. Foram relatadas as soluções normativas e judiciais já conferidas ao tema, a fim de chegar a uma conclusão que mitigue a lesão aos direitos humanos dessas pessoas.

Como o sistema carcerário é opressor por si só, foi debatida a melhor forma de adaptá-lo a fim de resguardar os direitos básicos das pessoas transgênero. Foram apresentadas as opiniões que dividiam o tema, desde os que defendem a permanência nas prisões correspondentes ao sexo biológico até os que defendem a colocação automática dessas pessoas em penitenciárias femininas ou a sua possibilidade de escolha.

Por fim, foi abordada a importância da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 527/DF para a concretização da proteção carcerária a pessoas transexuais

e travestis. Dessa forma, foram trazidas posições favoráveis e contrárias à alteração da situação atual, bem como os fundamentos usados pelo Relator Min. Roberto Barroso para deferir em parte a medida cautelar.

O Ministro decidiu por transferir todas as mulheres transexuais presas para o presídio feminino e por conferir às travestis a possibilidade de escolha. Tal medida se mostra realmente mais adequada em face de toda a explanação realizada no presente trabalho. Até porque a colocação em penitenciárias diversas de sua identidade de gênero pode acarretar transtornos e abusos psíquicos e físicos.

Como a sociedade, em sua essência, não pode ser coordenada a pensar de forma mais liberal e empática, cabe ao ordenamento jurídico ao menos suavizar os danos decorrentes da violação massiva de direitos humanos.

A colocação de transexuais e travestis em prisões femininas ou em áreas específicas é uma relevante conquista, mas não é suficiente para modificar a estrutura social opressora em relação à comunidade LGBTQI+. Os direitos humanos precisam ser efetivados além do papel para que haja uma mudança sistêmica, até porque a situação carcerária é um reflexo piorado do que vem da própria sociedade.

A positivação e judicialização dos direitos humanos relacionados a pessoas transgênero é extremamente importante e significativa, mas precisa vir acompanhado de uma mudança na estrutura social. Somente assim será garantida, de forma eficaz, as premissas da isonomia e dignidade da pessoa humana asseguradas na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em: 07 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 07 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução Conjunta n.º 1*. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/04/2014&jornal=1&pagina=2&totalArquivos=96>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 527/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473>>.



Acesso em: 29 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *REsp. n° 670422/RS*. Relator: Ministro Dias Tóffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4192182&numeroProcesso=670422&classeProcesso=RE&numeroTema=761#>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e direitos LGBTI*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ONU. Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos: Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Resolucao1719ONU.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

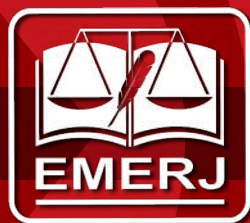
PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2019.

RIO DE JANEIRO (Estado). Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. *Resolução n° 558/2015*. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/baixar.php?arquivo=admin/arquivos/1553110021.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Administração Penitenciária. *Resolução n.º 11/2014*. Disponível em: <<http://justica.sp.gov.br/wp-content/uploads/2019/10/Resolucao-SAP-11-de-30-de-marco-de-2014.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.



**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**  
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090  
[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br)